

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Penal**



**TESIS DOCTORAL**

**Funciones actuales del derecho penal**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Vicente González Radío**

Director

**Fernando Santa Cecilia García**

**Madrid, 2017**

# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

## FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



## FUNCIONES ACTUALES DEL DERECHO PENAL

Tesis doctoral

Doctorando: Vicente González Radío

Director: Profesor Doctor Don Fernando Santa Cecilia García

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



# FUNCIONES ACTUALES DEL DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL

VICENTE GONZALEZ RADIO

MADRID, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE LA MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

**FUNCIONES ACTUALES DEL DERECHO  
PENAL**

Doctorando: Vicente González Radío

Director: Profesor Doctor Don Fernando Santa Cecilia García

Madrid, 2015

## ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

### INTRODUCCIÓN

#### 1.- El derecho penal en el marco del Individuo, la Sociedad, el Estado y el Mercado

- 1.1.-El derecho como ciencia: las ciencias normativas
- 1.2.-Ius poenale y ius puniendi
- 1.3.-Precepto y sanción: ordenación de las conductas

#### 2.- DE LA IDEALICIDAD DE LA NORMA A LA NORMATIVIDAD DE LA LEY PENAL

- 2.1.-Derecho penal y poder jurídico: el principio de legalidad
- 2.2.-La ordenación jurídica y convivencia
- 2.3.-El carácter fragmentario del derecho penal

#### 3.- ESTRUCTURA, SISTEMA Y MODELO DEL DERECHO PENAL: MATERIA Y FORMA

- 3.1.-Funciones generales del derecho penal: la legalidad y la irretroactividad
- 3.2.-Funciones particulares y fundamentales del derecho
- 3.3.-Seguridad y normalidad del grupo social

#### 4.- MARCO HISTÓRICO DE REFERENCIA DEL DERECHO PENAL

- 4.1.-Doctrina, fundamentación y teoría en la aplicación del derecho penal
- 4.2.-Principios y usos del derecho penal: el ilícito penal
- 4.3.-Comprensión del bien jurídico, del hecho jurídico, de la culpabilidad y retribución

#### 5.- MARCO METODOLÓGICO: DERECHO PENAL SUBJETIVO Y OBJETIVO; DELITOS Y PENAS

- 5.1.-La racionalidad de la aplicación penal: la relación
- 5.2.-El derecho penal, el derecho procesal penal y la ejecución del derecho
- 5.3.-La acción típica, antijurídica, culpable y punible

#### 6.- LA TUTELA DE BIENES JURÍDICOS Y EL CASTIGO

- 6.1.-El marco penal: juicio de hecho y de valor
- 6.2.-Mandato y prohibición
- 6.3.-Racionalidad, Estado de derecho y justicia.

#### 7.- FUNCIONES TRADICIONALES DEL DERECHO PENAL

- 7.1.-La función de prevención
- 7.2.-La función de protección
- 7.3.-Legitimidad y orden jurídico y social

#### 8.- CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

- 8.1.-El control social
- 8.2.-La función mandataria

8.3.-La función de prohibición

## 9.- INTERPRETACIÓN Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

9.1.-Función generalizadora

9.2.-Función de fundamentación y la mediación

9.3.-Función sistematizadora

## 10.-CONFORMACIONES FUNCIONALES ACTUALES DEL DERECHO PENAL

10.1.-Función instrumental

10.2.-Función simbólica

10.3.-Función promocional

## 11.-LA RESPONSABILIDAD COMO REALIDAD, TESTIMONIO Y VINCULACIÓN

11.1.-La libertad y la ciudadanía

11.2.-Voluntad e imputabilidad

11.3.-Orden y riesgos

## 12.-ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL

12.1.-El internacionalismo jurídico

12.2.-Organización jurídica y vinculación internacional

12.3.-Funciones del derecho penal en el ámbito global

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFÍA

## ÍNDICE DE MATERIAS

## ÍNDICES DE AUTORES

## RESUMEN

El abordaje del estudio científico de las funciones actuales del derecho penal, requiere plantearse qué es el derecho y delimitar la naturaleza y la identidad del objeto, además del encuadre subjetivo, sus fuentes y su estructuración material y formal. Para ello, hay que diferenciar el <saber> (vulgar-popular-religioso-poético-filosófico-científico-técnico-tecnológico) frente al <conocer>.

Tanto desde el “saber” como, posteriormente, con el conocer, el derecho presenta dos marcos de referencia: una evocación nominativa y abstracta con un significado de orden-norma-efectos, y, además, una evolución y encuadre histórico y, en ese sentido, podemos observar distintas aplicaciones de las normas en la sociedad.

El derecho conlleva implicación y vinculación. Hay efectos y, en ese contexto, se encuadran las dimensiones objetivas de las normas, y, también subjetivas con sus respectivos procesos y resultados con sus efectos y consecuencias.

El derecho tiene su propio estatuto científico frente a otras ciencias. Ello quiere decir que, pese a que durante la evolución del desarrollo científico hubo distintas fases y maneras de encarar el enfoque y el desarrollo, en la actualidad hay unas delimitaciones nuevas que superan a los encuadres de la última etapa del siglo XX, donde Th. Kuhn y los paradigmas, K. Popper y el falsacionismo, Lakatos o Feyerabend...nos han dejado su demarcación. En el inicio del siglo XXI las ciencias se agrupan de acuerdo a su objeto y de manera general diferenciándose las ciencias en <causalistas>, <funcionales>, <experimentales>, <normativas> y <aplicadas>. El derecho se sitúa dentro de las ciencias normativas.

Individuo, sociedad y poder se encuentran en la modernidad entrelazados por y desde el derecho, que afecta en sus dimensiones subjetivas y objetivas, en su plano individual y colectivo, en su vertiente pública y privada. El individuo es considerado como unidad psicofísica con conciencia y conducta, que quedan conformados por el yo. La modernidad nos introduce en el estudio específico desde la psicología y la antropología. Es J. Locke quien en su libro “Ensayo sobre el entendimiento humano”, recoge el término consciousness, que ha sido traducido al francés por conscientia por Pierre Coste en 1700. En francés la expresión de Locke, consciousness conlleva dos elementos: sentiment (sentimiento) y conviction (convencimiento). La conscientia venía siendo comprendida desde Cicerón como conciencia moral o conocimiento de uno mismo. Pero, aparte de la conciencia y sus implicaciones sobre la culpabilidad, causalidad y responsabilidad, está la conducta.

El derecho penal, como rama del derecho, tiene como naturaleza el orden jurídico, la organización social y la vigencia de la convivencia a través de lo que es el <ius>, el <directum> y la <lex>. Es decir, lo <justo> y el valor del principio normativo-ético; lo <recto> y el significado de lo ordenado; y la ley que es norma imperativa y vinculante. La idealidad, la normatividad y la aplicabilidad. Desde ahí se configura la naturaleza y la identidad del derecho.

Con independencia de los anclajes iusnaturalistas, positivistas, formalistas, fenomenólogos y de representaciones sociales, con la referencia específica a los

derechos humanos y al Estado de derecho, el derecho penal presenta una historia y una evolución. Desde la perspectiva de la percepción aparecen: orden-ley, delito (lesión del bien jurídico protegido), justicia-administración de la justicia, y resarcimiento y resocialización.

En la modernidad hay un análisis causal. La racionalidad expone la causalidad, donde hay delimitación de hechos y procesos, que son observados como “fenómenos”. En ese contexto, aparecen las explicaciones formalistas, idealistas, normativistas, finalistas, funcionales, estructurales... y dialécticas. Así, surge un escenario que nos sirve para comprender el derecho penal: la visión “normativista”; la óptica “imperativista”; la dimensión “institucionalista” y de “orden social”; el “egologismo” y el “conceptismo”; o la “necesidad social”.

El derecho penal, rama del derecho, tiene su construcción y desarrollo en la modernidad y representa, desde las perspectivas objetivas y subjetivas la asunción de principios, la definición de conductas y la aplicación de sanciones. En su discurrir evolutivo, parte del principio de legalidad, definiendo bienes jurídicos protegidos con una metodología propia y definida, incorporando derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades.

En la modernidad los actores vinculantes se agrupan en cuatro ámbitos: Individuo, sociedad, mercado y Estado. Además las variables son las de <lugar>, <tiempo> y <relación>.

El derecho penal, dentro del ordenamiento jurídico, ha ido consolidándose como la rama de derecho que estudia el crimen, el delito y la pena. Para ello parte de la norma y subsume la acción a la norma, donde hay un planteamiento finalista, un planteamiento mecánico y un planteamiento funcional.

El derecho penal estudia los delitos y las penas. Los delitos han sido analizados desde la orientación alemana donde se determinan la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, aunque éstas dos últimas hayan sido cuestionadas, al igual que la pena.

El derecho penal cumple unas funciones determinadas dentro del ordenamiento jurídico. Así, de forma tradicional, se entendía que cumple unas funciones <retribución> y <preventivas>, que puede ser general o especial.

La evolución del análisis científico del derecho penal ha pasado por diferentes situaciones, donde se hacen interpretaciones de las distintas acciones, procesos y consecuencias de los actores que forman parte del alcance y el significado del derecho penal, donde, aparte de las visiones causalistas y finalistas, hay las perspectivas funcionales.

Pero, en la determinación de la visibilidad del derecho penal o su operatividad se van concretando nuevas funciones o misiones específicas al derecho penal, tanto en el ámbito propio de nuestro territorio como en el marco comparado con otras jurisdicciones. De esta manera se incorporan las funciones de la pena y las funciones de la política criminal.



En la postmodernidad, con más fragmentación y crisis, se abren nuevas y cualitativas funciones dentro de los encuadres de análisis según se interprete el derecho penal con criterios <utilitaristas>, con criterios <culturalistas> o con criterios <sistémicos>. De esta forma, a las funciones clásicas, hay que añadir las funciones de control social, la mandataria, la de prohibición, la generalizadora, la de mediación, la instrumental, la sistematizadora, la simbólica y la promocional del derecho. Así mismo, dentro de la globalización se entienden las funciones del derecho penal en el ámbito global.

En esa evolución, hubo distintas manifestaciones endógenas y exógenas del derecho en general, y del derecho penal en particular, donde hubo distintos movimientos, sobre todo en Alemania y en Francia con las consiguientes efectos en el resto, donde la doctrina, las fundamentaciones y la teoría han desarrollado nuevos marcos interpretativos y han realizado una crítica al sistema hasta ahora generalizado.

Sin embargo, ello ha llevado una ruptura y una multiplicación de frentes del fenómeno penal. En ese sentido, la parte más afectada son las funciones que realizan el derecho penal, su ubicuidad, su vigencia y aplicación, así como las significaciones que presentan las normas y las acciones.

Por todo ello, se afronta un estudio de una de las realidades del derecho penal, donde causa, fin y función entran directamente y que reafirman la identidad del derecho penal dentro del ordenamiento jurídico.

## ABSTRACT

The approach to the scientific study of the current functions of criminal law, requires consider what is right and define the nature and identity of the object, in addition to the subjective frame, its sources and its material and formal structure. To do this, we must distinguish the <know> (common-folk-religious-poetic-philosophical-scientific-technical and technological) versus <know>.

Both "knowledge" and, later, with the know, the law has two frameworks: a nominative and abstract evocation meaning of order-standard-effects, and also an evolution and historical setting and at this way, we can see different applications of the rules in society.

The law entails application and bonding. There are effects and, in that context, the objective dimensions of standards fall, and also subjective to their processes and outcomes with its effects and consequences.

The law has its own scientific status over other sciences. This means that, although during the course of scientific development were different stages and ways to address the focus and development, today there are new boundaries that exceed the frames of the last stage of the twentieth century, where Th. Kuhn and paradigms, K. Popper and falsificationism, Lakatos and Feyerabend ... have left their area. In the beginning of the XXI century science they are grouped according to their purpose and generally differentiating science in <causalistic> <functional>, <experimentals>, <regulations> and <applied>. The right is within the normative sciences.

Individual, society and power are intertwined in modernity by and from the law, which affects their subjective and objective dimensions, in their individual and collective level, from public and private side. The individual is considered a psychophysical unity with consciousness and behavior that are shaped by the "me". Modernity introduces us to the specific study from psychology and anthropology. It was J. Locke who in his book "An Essay Concerning Human Understanding" reflects the term "consciousness", which has been translated into French by Pierre Coste like "conscientia" in 1700. In French the expression of Locke, consciousness involves two elements: sentiment (sentiment) and conviction (conviction). The conscientia from Cicero was being understood as moral conscience or self-knowledge. But the behavior is apart from consciousness and its implications on the guilt, causality and responsibility.

The criminal law, as a branch of law, is the legal nature, social organization and the validity of coexistence through what the <jus>, the <directum> and <lex>. That is, the <right> and the value of normative-ethical principle; what <right> and the meaning of the orders; and the law is mandatory and binding rule. The idealicidad, regulations and applicability. From there the nature and identity of the law is set.

Regardless of the natural law, positivist, formalistic, phenomenologists and social representations anchors, with specific reference to human rights and the rule of law, criminal law has a history and an evolution. From the perspective of perception they appear: order-law crime (legally protected injury), justice-administration of justice, and compensation and rehabilitation.

In modern times there is a causal analysis. Rationality exposed causality, where there is a delimitation of events and processes that are seen as "phenomena". In this context, the formalist explanation, idealistic, normativists finalists, functional, structural and dialectic ... appear. Thus arises a scenario that helps us to understand the criminal law: the vision "normativist"; ; the "imperativist" optical ; the "institutionalist" and "social order" dimension the "egologism" and "conceit"; or "social necessity".

The criminal law branch of law, has its construction and development and represents modernity, from the objective and subjective perspectives taking principles, the definition of behavior and sanctions. In its evolutionary discourse, on the principle of legality, defining protected rights to own defined methodology, incorporating rights, duties, obligations and responsibilities.

In modernity binding actors are grouped into four areas: individual, society, market and State. Besides the variables are the <location>, <time> and <relationship>.

Criminal law, within the legal system has been consolidated as the branch of law that studies the crime and punishment. For that, it parts of the standard and subsumes the action to the rule, with a runner approach, a mechanical approach and a functional approach.

The criminal law is studying criminal law offenses and penalties. The crimes have been analyzed from the German orientation where the action is determined, the criminality, the illegality, guilt and punishment, although these last two have been questioned, as the conviction.

Criminal law meets certain functions within the legal system. So, traditionally, it was understood that fulfills a function <payment> and <prevention>, which may be general or special.

The evolution of scientific analysis of criminal law has gone through different situations with different interpretations of actions, processes and consequences of the actors who are part of the scope and meaning of criminal law are made, where, apart from finalistic and causalistic visions, there are functional perspectives.

But in determining the visibility of criminal law or its operation will be specifying new functions or specific criminal law, both within our own territory and within the framework compared to other jurisdictions missions. In this way it functions and functions of criminal policy are incorporated.

In postmodernism, with more fragmentation and crisis open new and qualitative functions within the frames of analysis under criminal law criteria <utilitarian>, with criteria <culturalist> or <systemic> criteria is interpreted. Thus, to the classic functions, add functions of social control, the president, the ban, the generalizing, the mediation, the instrumental, the systematization, symbolic and promotional law. Also, within globalization of criminal law functions are understood globally.

In this evolution, there were different endogenous and exogenous manifestations of law in general and criminal law in particular, there were different movements, especially in

Germany and France with consequent effects on the rest, where the doctrine, the foundations and the theory developed new interpretive frameworks and have made a criticism of the system so far widespread.

However, it has taken a break and a multiplication of criminal phenomenon fronts. In that sense, the most affected part are the functions performed by the criminal law, its ubiquity, its validity and application, as well as the meanings that have rules and actions.

Therefore, here is facing a study of one of the realities of criminal law, where cause, order and function come directly and reaffirm the identity of the criminal law within the legal system.

## BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

ÁLVAREZ GARCÍA, J.,  
*“Reflexiones sobre el principio de legalidad”* en Consejo General del Poder Judicial,  
*Nuevas posiciones de la dogmática jurídico-penal*. Cuadernos de derecho judicial,  
vol.7. Madrid, 2006

ARMENTEROS LEÓN, M.,  
*Las faltas: derecho sustantivo y procesal. Comentarios y jurisprudencia*. Tirant lo  
Blanch. Valencia.2007

ARROYO ZAPATERO, L./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ FERRÉ OLIVÉ,  
J.C./ GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./ TERRADILLOS  
BASOCO, J.M. (DIRS.).  
*Comentarios al Código penal*. Justel. Madrid. 2007

ARROYO ZAPATERO, L./ CRESPO BARQUERO, P./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./  
QUINTERO OLIVARES, G./ ORTS BERENGUER, E.  
*La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*. Centro de estudios jurídicos.  
Aranzadi. Cizur Menor. Madrid. 2006

BLANCO LOZANO, C.  
*Tratado de derecho penal español*. Tomo I. El sistema de la Parte general. Volumen I.  
*Fundamentos del derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales*,  
J.M.Bosch. Barcelona.2004

CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J.A.  
*Manual de derecho penal. Parte general*. Deusto jurídico. Barcelona 2005

CARBONELL MATEU, J.C.  
*Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia  
1999

CASTELLANOS RAUSELL, P. (dir).  
*Las últimas reformas penales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005

CERVELLÓ DONDERIS, V.  
*Derecho penitenciario*, 2ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006

COBO DEL ROSAL, M./ QUINTAMAR DÍEZ, M.,  
*Instituciones de derecho penal español. Parte general*. Centro de estudios superiores de  
especialidades jurídicas. Madrid. 2004

COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTÓN, T.S.,  
*Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999

CUELLO CONTRERAS, J.,  
*El derecho penal español*. Nociones introductorias. Teorías del delito. Civitas. Madrid.  
1996

- GARCÍA –PABLOS DE MOLINA, A.,  
*Introducción al derecho penal*. Ramón Areces. Madrid.2005
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.,  
*Criminología*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008
- HESSEMER-MUÑOZ CONDE,  
*Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989
- JIMENEZ DE ASÚA L.,  
*Tratado de derecho penal*. Tomo I. Losada. 4ªEd. Buenos Aires
- LANDERO VELASCO, C.Mª/ MOLINA BLÁZQUEZ, C.,  
*Derecho penal español*. Tecnos. Madrid. 2010
- LLORCA ORTEGA, J.,  
*Manual de determinación de la pena*, 6ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005
- MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J.,  
*Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed. Civitas. Madrid. 1996
- MIR PUIG, S.  
*Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. Bosch. Barcelona. 1982
- MIR PUIG, S.,  
*Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Reppertor. Barcelona. 2009
- MIR PUIG, S., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel. Barcelona. 1994
- MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)  
*Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*. Reus/B.de F. Madrid/Montevideo/Buenos Aires. 2006
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.,  
*Derecho penal. Parte general*, 6ªed. Tirant lo Blanch. Valencia.2006
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.,  
*Compendio de derecho penal. Parte general y especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004
- RODRIGUEZ DEVESA, J.Mª/SERRANO GÓMEZ A.,  
*Derecho penal español*. Dykinson. Madrid. 1995
- SANTA CECILIA GARCÍA, F.,  
*Delito de daños. Evolución y dogmática (art.263 Código penal)* Ed. Serv. Publ. Facultad de Derecho. UCM. Madrid. 2003

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed. Dykinson. Madrid. 2006

SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., (coord..).

*Manual de derecho penal*. Tomo I. Parte general, 3ª ed. Thompson/Civitas/Aranzadi, Cizur Menor. 2005

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.,

*Fundamentos de derecho penal*. 3ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1993

## INTRODUCCIÓN

Las funciones actuales del derecho penal es un <tema>, es un <mensaje> y representa un <discurso> en el que van implícito elementos, rasgos y aspectos que, en la evolución del derecho penal, se han ido sucediendo. El simple planteamiento encubre incógnitas, obstáculos y problemas en el plano enunciativo y en el descriptivo. De ahí, la <narratividad>, la <argumentación> y el <relato>, aparte del <guión>.

¿Qué planteamos? ¿Qué cuestionamos? ¿Sobre qué analizamos? Preguntas que requieren una contestación diacrónica, ya que la construcción formal y material del derecho penal así lo atestigua: la influencia del planteamiento político-jurídico francés, del principio de legalidad; del principio constructivo del delito y pena alemán; del planteamiento de las rupturas obedeciendo al marco de la postmodernidad, donde se deja atrás el <gran relato> y donde florecen los distintos enfoques producto de la fragmentación, donde todo se cuestiona.

La evolución implicó adaptación a los nuevos marcos significativos y, en esa evolución, se han ido produciendo análisis, tratamientos y estrategias categoriales y conceptos con otras significaciones. Basta observar, en nuestro ámbito, el encuadre y análisis que realiza José Castán Tobenas en el Prologo del “Código de Deontología Jurídica”, donde señala que, “los juristas modernos, que han exaltado el concepto del derecho subjetivo dándole la consideración y rango de tema fundamental o central de la ciencia jurídica, muestran escasa o nula preocupación por los conceptos y los problemas del deber jurídico, y menos todavía por los del deber moral”<sup>1</sup>.

La modernidad y el derecho tienen otras bases de relación que conforman unos contextos propios. Así aparece el principio de legalidad, la igualdad, la secularización, la ciencia...y los derechos.

El planteamiento subjetivo y objetivo del derecho marca la línea de evolución frente a la concepción tradicional del derecho, en general, y del derecho penal, en particular. Esa visión tradicional se centraba en el “acto humano” y su responsabilidad. El acto humano se entendía como voluntario necesario, que era cuando se ofrece a la voluntad un bien absoluto, o voluntario libre, que puede ser perfecto o imperfecto. En ese escenario del acto humano se analizaban los <modificativos> del mismo, la ignorancia (negativa o falta de conocimiento que no estamos obligados a tener y positiva, que es la falta de conocimiento que debemos tener y que puede graduarse en invencible, vencible, supina, crasa y afectada), la contaminación (o concupiscencia, que era la relación pasional más o menos ardiente, radical o vehemente), el miedo, la violencia (como coacción ejercida) y las psicopatías (hipo-hiper-para). El entendimiento del acto humano y la realización vital-social se encuadraba en determinados elementos de la vida social: 1) la conciencia; 2) la ley; 3) la Justicia; 5) el derecho. Un papel cualitativo se reservaba, pues, a la conciencia, entendida como juicio práctico de la inteligencia acerca de algo y el valor de ese algo, pudiendo haber distintos tipos de conciencia: cierta, probable, dudosa, laxa y escrupulosa. Otro elemento era la ley, que era interpretada no desde la conformación de norma social, sino desde la dimensión tomasiana (ley eterna, natural y humana) de ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad, que estaba connotada por ser posible, honesta, útil, justa y estable.

---

<sup>1</sup> Castán Tobenas, José, en <Prólogo>, en Martínez Gil, Alejandro. *Código de Deontología Jurídica*. Pylsa. Madrid, 1954. 3



Otro elemento era la justicia, pero entendida desde la orientación aristotélica de <virtud> (Aristóteles escribió ante la “Ética a Nicómano”, que “La política”). La justicia adopta diversas formas: a) justicia distributiva o vindicativa, –regula la convivencia de superior a inferior-, que fija derechos, señala deberes y dirime diferencias.( y la vindicativa repara el derecho y castiga, donde hay extremos de blanduras y crueldades) b) la justicia legal, -regula la convivencia de inferior a superior- donde se registra el honor, el provecho, la obediencia y el tributo; c) y la justicia conmutativa, -se regula la convivencia entre iguales- y en consecuencia hay un respeto al otro: reputación, integridad y bienes. Otro elemento es el derecho y su principal función: dirimir los conflictos. En este caso, la reparación del derecho, que se encamina por la restitución. El derecho se enmarca, pues en la restitución.

Esta es el encuadre en la tradición clásica de nuestro contexto y, colateralmente, se empiezan a desarrollar enfoques y análisis sobre el derecho desde la ciencia, delimitando su objeto y los métodos de su realización. Para ello, se observan y se aplican nuevos ajustes en el saber y en el conocer, ampliando la percepción y construyendo nuevas categorías mentales y conceptos.

El derecho penal, por otra parte, tiene su identidad y se desarrolla en el plano objetivo a través de la ley. Hay una <función informadora>, ya que anuncia, proclama define lo que es considerado delito al que se le aplica una pena.

El derecho objetivo se circunscribe en la norma. Todo derecho consiste en normas que prescriben un comportamiento externo, que implica hacer u omitir. El derecho es la coacción externa organizada. La norma jurídica es un precepto relativo a la conducta exterior.

El ordenamiento jurídico refleja la reunión de normas jurídicas en un tiempo, espacio y contenido de sistema, siendo el sujeto de ese ordenamiento jurídico el Estado. En ese marco, la norma es fuente del derecho, que tiene una vigencia.

Hay distintos tipos de normas, primarias y secundarias; normas materiales y orgánicas; normas materiales y formales; normas necesarias y no necesarias. De acuerdo a los sujetos hay normas personales y colectivas; de acuerdo al sujeto pasivo hay normas generales y particulares; de acuerdo a la naturaleza de la prescripción hay normas típicas y concretas; de acuerdo a la autonomía de los destinatarios nos encontramos con normas taxativas y normas dispositivas; de acuerdo al ámbito material de validez tenemos el derecho público y el derecho privado; y, de acuerdo con el ámbito espacial nos encontramos con normas internacionales, estatales, autonómicas y locales.

Con relación al derecho penal, su ordenamiento marca la antijuridicidad y, establece unas funciones determinadas: de tipificación de conductas, definitorias, interpretativas, de organización, de procedimiento, de competencia y de sanción. La norma jurídica es orgánica y prescriptiva. Esta dimensión prescriptiva define los deberes, tanto estatales como individuales. Es decir, las normas jurídicas representan al derecho.

El Derecho y la Justicia han sido dos de los temas que, afectando a los individuos, a los grupos sociales, a la sociedad, al mercado y al Estado, han suscitado permanentes reflexiones, análisis y estudios a lo largo del tiempo, por lo que, desde el pensamiento y su proyección gnoseológica y desde el conocimiento y su proyección epistemológica, se

ha ido construyendo y configurando un espacio y una delimitación que se convierte en objeto propio. En esa dirección han aparecido doctrinas, fundamentaciones y teorías que tratan de entender, comprender y explicar su propio objeto.

El derecho se nos presenta como instrumento en la sociedad y en el grupo social y, de hecho, no hay sociedad sin normas que la regulen, tal como genéricamente se dice que “ubi societas ibi ius”. Es decir, las relaciones de los individuos en la sociedad y en el grupo social están reguladas, están normativizadas. La obediencia y la autoridad son dos constantes que parecen en todo tipo de sociedades.

Las reglas y las normas aparecen en el horizonte perceptivo de cualquier sociedad y las relaciones individuales se encuentran vinculados por ese marco, en consecuencia, el derecho va regular los actos de la vida, por ello, el derecho es entendido desde muy diferentes niveles, así, aparece el planteamiento vulgar o usual, que implica la idea de orden y dirección: el derecho marca y regula la vida. Pero hay diferentes clases de normas que se aplican en la vida. De esta manera, aparecen normas sociales en usos, en costumbres, en hábitos, en estilos de vida; y aparecen en otro estadio las normas jurídicas, la ley, que tienen una naturaleza, una causalidad, una eficiencia y una finalidad determinada.

Esta situación nos lleva a que la relación jurídica que implica un vínculo con efectos y consecuencias intersubjetivas, lógicas y materiales. Hay, pues, diferentes clases y ámbitos de aplicación y eficacia de la normación o mundo del derecho.

El derecho siempre estuvo ligado a las relaciones y cambios, como señala Joaquín Ruiz Giménez<sup>2</sup>, y, en ese sentido, se presenta al hombre, la comunidad y el derecho, donde se repasa el esquema de la vida humana, la espontaneidad, la continuidad, el sentir, la racionalidad; revisa, igualmente el hombre universal, donde contrapone el caos al cosmos, la regularidad y la armonía y las dimensiones de necesidad, universalidad y trascendencia; los rasgos esenciales del orden moral, los fines, los medios y el ensamblaje entre obrar-hacer normas; y la vida humana y el orden social, donde se parte de la sociabilidad del hombre, que transmite y se relaciona. De otro orden es el derecho y el ámbito jurídico, que representa un orden sometido a la razón, un orden sujeto a la ley y que sirve para la relación con los demás.

El derecho formula exigencias y aprecia los efectos. Es, en ese marco, cómo se ha ido configurando y construyendo su apreciación en el plano subjetivo y en el objetivo, en su dimensión abstracta y en su dimensión concreta. El derecho, que no pertenece a la naturaleza interior, es fragmento en el plano intelectual y relacional, que conlleva representaciones sociales determinadas. De esta forma, la teoría general del derecho se nos presenta como doctrina, como enseñanza académica, como objeto de especulación (qué –objeto–, qué causa, efectos y sentido, como nos señala Hans Nawiasky en su “Teoría general del derecho”<sup>3</sup>, dado que nos adentra en el ordenamiento jurídico. Del mundo social al mundo jurídico con la norma jurídica y el derecho en sentido objetivo, en sentido subjetivo y en el plano sistemático, donde se diferencian distintos planos del derecho, entre ellos el Derecho Penal.

---

<sup>2</sup> Ruiz Gimenez, J. *Derecho y vida social*. Ed. Nacional. Madrid. 1962. 45

<sup>3</sup> Nawiasky, H. *Teoría general del derecho*. Rialp. Madrid. 1962. 56

El Derecho Penal es una rama del derecho que analiza y describe el delito y las faltas y, en la construcción sistemática, describe la acción y, con ella, integra la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad, y es discutida por parte de la doctrina la penalidad, aunque en el contexto que estamos apreciando hay que unir la respuesta al mismo delito, la punibilidad. Este estudio abarca a los sectores afectados directamente: la sociedad, el Estado, el individuo y el mercado, pero, igualmente a otros ámbitos y sectores como son los valores, las ideologías y las racionalidades y la interpretación a ella aparejado. Circunscribiéndose al plano del delito, entendido como acción, tiene efectos y consecuencias que van en otras direcciones y sentidos y, de esta forma, el Derecho Penal ocupa y visibiliza, a través de la tipicidad, lo permitido y lo prohibido en cuanto a las conductas individuales.

La legalidad, la legitimidad, la legitimación, lo lícito y lo ilícito, nos adentran en las relaciones del individuo-grupo-organización-poder; la norma nos delimita en la subsunción del hecho a la disposición legal (nulla pena sine lege); el orden social viene reflejado por el sistema normativo, que incorpora bienes y valores y que pretende una paz social. El orden jurídico pretende preservar la paz jurídica y presentar una dimensión objetiva de justicia distributiva.

El Derecho Penal se determina como un derecho especializado en el sentido de enmarcar la justicia, que deviene en penal y criminal con unas misiones específicas, como señala Hans –Heinrich Jescheck: la “protección de la sociedad”, la “protección de bienes jurídicos” y la “protección de valores ético-sociales”. En este contexto, la aplicación del derecho penal se justifica por las misiones concretas que realiza y que se proclaman como funciones específicas: la “función represiva” y la “función preventiva”<sup>4</sup>. Estas son las funciones clásicas que se entienden en el Derecho Penal.

El derecho penal ha tenido distintos encuadres en la evolución histórica y , de hecho, en nuestro contexto, ha habido una aplicación penal diferenciada en función de la misma evolución de la civilización y la cultura, así como de los adelantos y aplicaciones de los mismos por los individuos y su reconocimiento en los grupos sociales , que son aplicados por parte del Estado y del mercado. De hecho, aparecen las formas y, con ellas, los tratamientos de lo lícito e ilícito.

El Derecho Penal en su evolución y conformación ha ido perfilando un marco expresivo propio. De hecho, los términos y la terminología es descriptiva pero delimitada al uso, por lo que nos adentra en el plano conceptual con significaciones propias, que abarcan al Derecho penal y a su poder punitivo, a las conductas que son delitos y que tales conllevan corrección a través de penas y sanciones.

Esta visibilización del Derecho Penal en el espacio público refleja una aplicación sistemática, ordenada y vinculante. En ese sentido, se individualiza el Derecho Penal como derecho público, donde hay sectores del Derecho Penal que afectan al plano material, al plano procesal y a la ejecución de la pena. Igualmente hay una parte general y una parte especial que describe los tipos penales.

El Derecho Penal en su evolución se circunscribe a la Nación-Estado, aunque hubo y hay intentos y recorridos para adentrarse en el plano internacional, donde democracia y

---

<sup>4</sup> Jescheck, H.H. *Tratado de Derecho Penal*. Bosch. Barcelona. 1981.21

derechos humanos son los temas nucleares de referencia. Pero, pese a ello, el Derecho Penal es circunscrito a espacios y tiempos de cada Estado, que es el que define la política criminal y el que avala y aplica la legalidad con vistas a mantener un orden y una paz social, pero, como señala Hans-Heinrich Jescheck, basando en los principios de “culpabilidad”, marcada desde el Estado de Derecho” y el de “humanidad”. Este encuadre recoge el enfoque descrito por Kant: la “animalidad”, la “humanidad” y la “personalidad”<sup>5</sup>, que es completada en la “Crítica de la razón práctica” y en la “Metafísica de las costumbres”

El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas –generales, imperativas-determinadas- que delimitan lo prohibido o las infracciones de un orden jurídico, que refleja la paz social y la seguridad jurídica.

El Derecho Penal, que se compone de variados elementos de sustentación y de referencia, presenta unas funciones determinadas en la actualidad, que se convierte en el centro del análisis de la presente investigación. Por lo cual, podemos observar los usos y aplicaciones y valorar las definiciones y posicionamientos que dentro de las diferentes tendencias analizan el derecho penal, y, que concluyen con misiones genéricas y específicas del propio derecho penal.

Igualmente poseen significado las categorías conceptuales y las fuentes del derecho en general y sus aplicaciones y reducciones, así como las fuentes del derecho en el sentido particular del Derecho Penal. En una y otra nos encontramos con la relación con otras áreas del saber jurídico. De la misma manera, en esa mirada, se observa una evolución histórica, que podemos apreciar en las historias y leyendas de la antigüedad, donde han quedado atrás la venganza familiar, la venganza divina, el tabú y venganza privada, la ley del talión; en el derecho romano se diferencia los delitos públicos o crímenes y los delitos privados; en la Edad Media hay una gran convulsión, donde a la sucesión del imperio único hay que unir las invasiones y las aportaciones que con ellas aparecen, y la normatividad aparece en las aportaciones de los distintos Códigos, las Partidas, así como el derecho de los señores feudales y de la Iglesia donde se homologan delito y pecado. Luego ya aparecen las construcciones del nominalismo, la escolástica, en concreto Santo Tomás, Erasmo de Rotterdam, los iusnaturalistas Puffendorf y Hugo Grocio, la ruptura que represento la corriente conflictivista de Maquiavelo., Posteriormente, todo el paso del utopismo con Tomas Moro o Camapanella, el barroco y el absolutismo donde la figura de Hobbes enmarca todo un modo de interpretar. En este mismo espacio temporal destacan las visiones de los racionalistas Descartes, Leibniz y Spinoza, así como los empiristas Berkeley, Hume o Locke. La Ilustración abre nuevos derroteros rompiendo con el derecho divino de los reyes y dando entrada al principio de legalidad, que define un nuevo tiempo: la modernidad. Es a partir de ahora cuando se entra en una nueva situación, donde la libertad, la igualdad y la fraternidad se combina con el principio de legalidad, la división de poderes, la institucionalización de la administración, el reconocimiento formal de derechos humanos, el pluralismo ideológico y el pluralismo informativo, que es cuando y donde se empieza a desarrollar un Derecho Penal incardinado en esos mismos principios. A partir de esos momentos se empiezan a conformar el Derecho Penal liberal, la Escuela clásica o liberal, el positivismo, el finalismo hasta que es a partir del siglo XIX cuando se va conformando un corpus específico del Derecho Penal, que tiene en Alemania el epicentro de su

---

<sup>5</sup> I. Kant, I. *Antropología filosófica*. Alianza. Madrid. 1978.26. Se completa su visión en “*Crítica de la razón práctica*” y en “*Metafísica de las costumbres*”.

construcción, que se convierte en canónica y que refleja la significación de garantizar la seguridad jurídica.

El Derecho Penal se construye como un derecho que emana del Estado y que se materializa en un código penal, así como leyes promulgadas por el Estado que definen el ilícito penal en su doble dimensión: se establecen los delitos y las penas y, por otra parte, se complementa con las normas destinadas a establecer la aplicación de las mismas, que forman parte del Derecho Procesal Penal.

Con relación al nacimiento del derecho penal hay que señalar que es un producto de la modernidad y sus antecedentes hay que situarlos en la Ilustración. Posteriormente se desarrollaron las primeras construcciones científicas, donde aparece la escuela clásica, la escuela positiva y la aparición de otras escuelas, donde se desarrolla en España el correccionalismo y se abre la moderna ciencia del derecho penal<sup>6</sup> y las primeras codificaciones españolas

La evolución de esta construcción teórica, doctrinal y de fundamentación del Derecho Penal ha ido realizándose a lo largo del siglo XIX, basándose en la construcción del delito, que tiene como elementos de referencia la <acción, <típica>, <antijurídica> y <culpable>, siendo discutible en ciertos sectores la característica de lo <punible> y, en ese sentido, podemos establecer que la evolución ha pasado por los siguientes fases:

- a) Hasta mediados del siglo XIX el Derecho Penal representa la respuesta al delito, que es llevada a cabo por la aplicación de la justicia. Hay, pues, una búsqueda de lo que es el delito y la respuesta al mismo y, ese Derecho Penal va conformándose con un concepto bipartito. Imputatio facti e imputatio iuris.
- b) A partir de la segunda parte del siglo XIX aparece el método analítico, lo cual representa la creación y definición de los elementos del concepto del delito, apareciendo el concepto de acción con Berner en 1857; en 1867 Jhering habla de la antijuridicidad, que es una concepción subjetiva confundida con la culpabilidad; hasta que von Liszt, en 1881 define la antijuridicidad y aparece la culpabilidad. La culpabilidad aparece con Adolf Merkel en 1867 y Binding en 1872 la vincula con la antijuridicidad y es von Liszt en 1881 que la sitúa como contrapuesta.
- c) El último elemento en aparecer fue la tipicidad en 1906, que acuña Beling. El tipo implica un supuesto de hecho (tatbestand), un abstracto previsto y descrito por la ley penal, y es la plasmación del principio de legalidad.
- d) A partir de ahí hay toda una construcción más amplia, donde se incorporan nuevas tendencias y aparece el Derecho Penal liberal; la incorporación del positivismo científico y la irrupción de la escuela clásica; la corriente neoclásica introduce las aportaciones kantianas y de los valores; la aparición del derecho penal de autor donde ha sido utilizada por el nazismo y donde tuvo influencia específica la escuela de Kiel; aparece posteriormente la concepción finalista, que incorpora las corrientes ontologicistas, la fenomenologías y los iusnaturalismo;

---

<sup>6</sup> Landrove Díaz, G. *Introducción al derecho penal español*. Tecnos. Madrid. 1985. 46

- y entre las corrientes recientes hay que añadir las visiones teleológicas-valorativas y las político-criminales.
- e) El desarrollo del Derecho penal codificado y delimitado donde hay que añadir corrientes e interpretaciones variadas tanto del iusnaturalismo como del positivismo, donde hay visiones absolutas y relativas

Es preciso destacar que el derecho vive los planteamientos de las distintas formas de saber (vulgar, popular, religioso, poético, filosófico, científico, tecnológico y técnico). Con el desarrollo de la ciencia se rompe una tradición. Es el momento de la separación entre el saber filosófico y el saber científico, es decir, entre el saber del sistema de pensamiento y el sistema de conocimiento (gnoscere y scire). Aquel marco filosófico venía connotado por el planteamiento escolástico, el racionalista y el empirista, que se abre ante las aportaciones de la filosofía kantiana y la subsiguiente crisis del encuadre de pensamiento y conocimiento: idealismo, formalismo, dialéctica, etc..

En este tiempo de delimitación hay el salto del enfoque filosófico al científico y se pasa del “pensamiento filosófico- metafísico” a la “filosofía social” y, posteriormente, a la “teoría social” y, luego, a la “teoría jurídica”; en ese transcurso del tiempo se han ido configurando distintos marcos o corrientes doctrinales: los socialismos utópicos, los anarco-socialismos, los conservadurismos y las corrientes liberales.

1.- En un principio aparece el liberalismo tal como lo planteaban Stuart Mill, Jeremias Bentham o Alexis de Tocqueville. En paralelo aparecen los posicionamientos del positivismo y su expresión aparece en Cesare Beccaria con su obra “De los delitos y las penas” (1764), cuya pretensión no es construir un sistema de Derecho Penal, sino trazar un nuevo marco para la política criminal. Esta visión se encamina dentro del sentir y pensar de la Ilustración (Montesquieu, Voltaire, Rousseau...), donde hay un tránsito cualitativo en cuanto a la tolerancia que admite la concurrencia (co competencia) con otros sistemas normativos y de pensamiento, es decir, la alteridad, la humanización de las penas, la abolición de la tortura, la igualdad ante la ley, la proporcionalidad entre delito y pena..., tal como aparece en el libro de Francisco Carmignani “Elementos de derecho criminal”.

2.- Las corrientes clásicas sufren una evolución: unas se estacan en planteamientos epistemológicos y, otras se abren a la búsqueda de respuestas dentro de una lógica propia, bien delimitando su campo o bien abriéndose. Ello produce que se incorporan al positivismo científico, que ha tenido un desarrollo y continuidad, superando, desde la perspectiva de la ciencia la visión del Estado liberal, que adolece de intervención y se busca una respuesta nueva ante el crecimiento de la criminalidad, pregonando mayor intervención del Estado y luchar de forma más integral, lo cual abre nuevas rutas para el tema de las garantías individuales frente a la peligrosidad social de los delincuentes. En este momento tiene significación social y trascendencia la “Escuela positiva italiana” con Cesare Lombroso, que escribió en 1876 “L’uomo delinquente”, donde estudia el “hecho” o “fenómeno patológico” (el delincuente nace, no se hace). Dentro de esta tendencia doctrinal aparece un jurista Enrico Ferri, que pasa del “uomo delinquente” de Lombroso al “delincuente nato”, señalando que el delito no es la conducta de un hombre sino el síntoma de una peligrosidad. Se completa esta visión de

la escuela positiva italiana con Rafael Garofalo, que plantea la guerra al delincuente y la idea de “delito natural”, que lesiona los sentimientos de piedad y de justicia.

Sin embargo, el positivismo encuentra un nuevo desarrollo técnico, de pensamiento y científico, en Alemania con el “positivismo jurídico de Karl Binding, que desarrollará la teoría de las normas, y con el “positivismo criminológico” de von Liszt, que desarrollará la “ciencia total del Derecho Penal”

3.-El desarrollo del sistema causalista con Beling y von Liszt, que establecen canonicamente los cuatro elementos del Derecho Penal: “acción”, “típica”, “antijurídica” y “culpable” ( la otra característica, la punibilidad queda dentro del análisis que conlleva el Derecho Penal).

Hay un desarrollo cualitativo de este enfoque. Así, dentro de esta corriente se desarrolla la tendencia de la escuela “clásica”, que asume el positivismo científico, que busca descubrir empíricamente las leyes que priman en cada caso. La acción es un concepto ontológico-naturalista-causal, que conduce a un resultado. Esta acción viene enmarcada por el dolo. Otra de las características como la “tipicidad”, refleja el carácter objetivo y descriptivo en el análisis de la acción. Dentro de esta corriente está M.E. Meyer, que en 1915 señalaba que la antijuricidad –ratio cognoscenti- es un elemento objetivo, valorativo y formal.

Hay una continuidad en la escuela o tendencia Neoclásica, que incorpora las aportaciones kantiana y la axiología o los valores. Esta tendencia recibe las controversias de las herencias kantianas en las escuelas de Baden y de Marburgo, las consecuencias de los enfoques positivistas y sus pugnas con el historicismo, la irrupción del formalismo, tanto alemán como de los analíticos austriacos, por lo que un nuevo horizonte que plantea la diferenciación entre las ciencias naturales y espirituales, las ciencias ideográficas y nomotéticas, las ciencias formales y las ciencias culturales. A partir de aquí, hay dos nuevos recorridos del Derecho Penal, por una parte, el neokantismo con Edmund Mezger en el que se encuadran dos direcciones diferenciadas: la Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental alemana. La crítica del Neokantismo al Positivismo es la insuficiencia de su concepto de ciencia, lo cual hace fijar el análisis en los valores de la sociedad, que es observada por las ciencias de la cultura entre las que aparece el derecho. La otra tendencia que se enmarca es la finalista, que después de la segunda guerra mundial pretende establecer un marco del Derecho Penal con límites y garantías.

Dentro del marco jurídico, el desarrollo de esta corriente neoclásica asume lo normativo y lo valorativo del Derecho Penal, que analiza el delito; en ese ámbito plantea la acción no de forma naturalista, sino de forma amplia, como conducta o comportamiento humano externo y dependiente de la voluntad; la tipicidad es descriptiva y valorativa; la antijuridicidad está vinculada a con la tipicidad; y la culpabilidad esta unidad a la reprochabilidad; la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

4.-Derecho Penal de Autor, que aparece dentro del marco del nazismo y que encuentra un reforzamiento por la escuela de Kiel, plantea un abandono del derecho penal del “hecho” (demasiado garantista) y su sustitución por el derecho penal de autor, que destacaba o se basaba en la clasificación de tipos de autor (las tipologías). En ese escenario la acción no era fundamental para la determinación de la conducta punible; la

tipicidad tampoco era fundamental porque el principio de legalidad era sustituido por la analogía; la antijuridicidad reflejaba que lo más relevante era lo subjetivo o anímico; y, en cuanto a la culpabilidad, no era rechazada por el hecho, sino por la conclusión de la vida. Es decir, estamos ante el enjuiciamiento de la personalidad del sujeto.

5.- Sistema finalista. Hay que señalar que hay un renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda postguerra mundial, donde sobresalen la cuestión de los límites precisos y las visiones garantistas del derecho penal. Esta corriente empieza en la década de los cuarenta (40), considerándose el padre del finalismo a Hans Welzel con sus estructuras lógico-objetivas, que no pretendía decir como debería ser el derecho, sino lo que no era el derecho, que plantea una visión del derecho desde tres dimensiones complementarias: ontologicistas, fenomenológicas y iusnaturalistas. Se crea, pues, un concepto de delito (concepto de acción). Es decir, realidades ónticas, además de estructuras lógicas reales y naturaleza de las cosas. La acción parte del concepto final de la acción: la causación de resultados, dejando en segundo plano la voluntad; con relación a la tipicidad y antijuridicidad están dirigidas a la acción; la culpabilidad queda notablemente reducida, ya que se pasa del dolo y de la imprudencia al tipo injusto

## 1.- El Derecho Penal y su percepción

¿Qué es el derecho penal? ¿Cómo acercarnos al mismo?. Sin duda, ríos de tinta invaden un horizonte plural con visiones explicativas en función del orden, del control, del sistema, unas veces de forma dialéctica y, la mas de las veces, de formas sincréticas. Sin embargo, frente a lo sincrético se antepone, en la visión hegeliana, la síntesis, que es una forma de analizar la historia. En ese sentido, hay que plantearnos qué es el derecho. ¿Es algo abstracto? ¿Es algo concreto?

Ahora que perdimos el gran relato del derecho y sus grandilocuentes visiones jurisprudenciales, donde el anclaje escolástico y natural encerraba más misterio que otra cosa, requiere una demarcación de objeto, de análisis y de conclusiones.

Por ello, antes de seguir es necesario delimitar sobre que estamos tratando: el derecho. Precisamente, del marco expresivo se pasa al de las resonancias significativas, y, con ello, planteamos la naturaleza del derecho, que no es un simple <imaginario social> como algunos quieren hacernos creer, sino que la vida humana está sometida y sostenida a normas. En la convivencia y en la relación interpersonal se han desarrollado reglas que dan continuidad a la existencia. Pero, ¿qué es el derecho? La palabra en sí ya requiere una atención específica a la hora de enfilear las funciones que una rama del mismo va a tener.

El derecho, como simple expresión nos lleva a tres configuraciones distintas y complementarias, que son básicas para <entender>, <comprender> y <explicar> la “naturaleza” del derecho:

1.- El “Ius”, cuya etimología nos traslada a <jus> (justeza, ajustamiento, al sánscrito <yu> (ligazón) y, de ahí, procede iubere, iungere y iugum, o el védico <yos>, que nos lleva salvación o purificación en relación con el



querer divino .(Lo justo). Es decir, nos adentra en el planteamiento del deber

2.- El “directum”, que es un adjetivo sustantivado, y nos traslada a la idea de lo <recto> y, por extensión, desde el Bajo Imperio, a regla o norma directiva. (Lo recto-rectitud).

3.- La “lex”, que se presenta en la modernidad como realidad objetiva: norma o mandato (que es el producto directo de la revolución política francesa y que se consolida con el principio de legalidad.

El derecho ha ido configurándose y conformándose en el tiempo y en el espacio de una forma propia y característica. Pero no como algo abstracto, especulativo o enunciativo, sino que tiene una naturaleza, una causalidad y una finalidad, que abarca lo abstracto y lo concreto, lo especulativo y lo práctico, el anuncio y la realidad.

El derecho penal se funda y opera desde el derecho subjetivo y desde el derecho objetivo. Es decir, desde el acto humano con todos los requisitos del mismo de libertad, capacidad, etc., y desde el ordenamiento normativo, donde la ley dictada tiene su vigencia y valor. De esa manera, queda conformado el orden y la convivencia, que es rota o alterada por la infracción. Esta infracción conlleva la mediación del derecho, que ha de <reparar> y <restituir> el daño causado y, así, hacer justicia. El derecho penal es mediador, es sustentador, es ordenador y es sancionador (obligación de indemnizar al cometer un ilícito penal.

El Derecho Penal tiene un carácter espacial y temporal circunscrito y determinado por del Estado, reflejando una situación de orden, de control y de ruptura. En ese sentido, el delito refleja una ruptura y, por ello, el delito es toda desobediencia a la ley penal y tiene un carácter descriptivo y formal acorde con el ordenamiento jurídico

El Derecho Penal como conformación social o como construcción doctrinal refleja un modelo de saber y unas vías para conocer lo que es injusto, lo que ilegal, lo que es ilícito en una sociedad determinada y que es realizada individualmente y contra ese modo de proceder o conducta hay la deslegitimación, la desautorización y la penalización.

De esta forma, el Derecho Penal nos presenta los planos subjetivos y privados y los planos públicos y comunes. Así, el Derecho Penal abarca tanto a las conductas consideradas delitos, como que abarca al orden social y a la misión de protección de la sociedad. Hay, pues, una legalidad, un orden y hay un poder punitivo que sanciona el desorden y la ruptura. Pero hay que destacar que el sistema normativo es jurídico, es una adecuación a reglas emanadas del Estado y el orden jurídico refleja un sistema de derecho<sup>7</sup>.

Desde la perspectiva expositiva es conveniente diferenciar el horizonte que anuncia, que se muestra y, en ese sentido, hay que señalar dos perspectivas: la percepción subjetiva y la percepción objetiva del Derecho Penal. Así, aparecen las definiciones descriptivas que ofrecen autores como von Liszt, que señala que el Derecho Penal es el “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia “. Para Jiménez de Asúa el Derecho Penal es el “Conjunto

---

<sup>7</sup> Marín Pérez, P. *Introducción a la ciencia del derecho*. Tecnos Madrid.1979. 44

de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o medida aseguradora”. En definitiva y de forma sintética, se entiende por Derecho Penal “la rama del derecho público interno relativo a los delitos y medidas de seguridad que tienen por objeto inmediato la creación y conservación del orden social” o, dicho de otra forma, se trata del conjunto de normas, perteneciente al ordenamiento jurídico de un Estado, que tiene como fin regular las conductas punibles o delitos, que son sancionadas con la correspondiente pena. El Derecho Penal aparece circunscrito al Estado.

Las implicaciones del orden jurídico y la realización de las conductas particulares reflejan las relaciones de la convivencia y, en ese sentido, se enmarcan las respuestas que desde el poder y desde el individuo se producen: la legitimación/deslegitimación y, en consecuencia las rupturas en ese orden. Es ahí, donde se revisarán las funciones del Estado y las conductas de los individuos. Se plasma de esta forma, el sentido jurídico de la vida en sociedad, ya que el derecho presenta, como señala Dorado Montero en la idea vulgar del derecho, el sentido usual, que implican una idea de dirección, donde quedan integradas y reguladas normas de conducta. El orden jurídico es, pues, un sistema de derecho con reglas obligatorias y positivas en sus planos empírico, formal y material.

El Derecho Penal, frente a otras ramas del derecho, plantea una diferenciación con relación a las fuentes del derecho (que pueden ser entendidas en el plano formal, real e histórico): la ley, que refrenda la inmediatez y realidad en la apreciación de la ruptura con el orden social, ya que hay toda una descripción de los tipos penales como exteriorización de las normas jurídicas. La ley refrenda la legalidad, la obligatoriedad y el sistema jurídico penal.

## 2.- Hipótesis y planteamiento de las funciones del Derecho Penal

Para adentrarnos en el planteamiento y desarrollo de “las funciones actuales del derecho penal” hace falta cuestionarnos que es y que significa el término “función”. El término procede del latín <functionem>, que significa cumplimiento o ejecución. Este término procede de <fungi>, que significa cumplir.

Cuando se habla de función o funciones se describen la actividad particular de un órgano u organismo; el ejercicio de un empleo, facultad u oficio; el acto público al que confluye público; o, simplemente, función propia o característica de alguien o de algo.

Este término, función, tiene múltiples y variadas aplicaciones en las distintas ramas del saber como la bioquímica, la física, la fisiología, la lingüística, la matemática... o el derecho.

Lo funcional representa las funciones orgánicas y mecánicas y, por ello, tienen un sentido y una dirección práctica, eficaz y utilitaria.

El término función nos lleva a que podemos considerarla como marco nuclear y operativa o, simplemente como ámbito metodológico.

Especial significación ha tenido el término función en la sociología y en la antropología y, por la afectación, inciden directamente en la consideración que tenemos en el mundo del derecho. En la sociología es la tendencia que pone de manifiesto la función que desempeñan las instituciones y los individuos en la configuración y movimiento del sistema del que forman parte.

El planteamiento del funcionalismo ha tenido dos manifestaciones: una representada por Dukheim, Pareto y Thomas, que recalcan la integración de las partes; y por otra, la visión de Parsons, Merton, etc que entienden la visión función/sistema. Posteriormente, el funcional-estructuralismo plantea: 1) la sociedad organizada, donde hay unidad funcional de la sociedad; 2) La universalidad del funcionalismo donde aparecen las funciones mecánicas; 3) la indispensabilidad del funcionalismo para que la sociedad siga operando; 4) La existencia en toda sociedad de funciones manifiestas reconocidas y buscadas y funciones latentes no reconocidas ni buscadas. Un desarrollo específico ha sido realizado en antropología por el estructural-funcionalismo.

Volviendo al mundo del derecho hay que conectar la naturaleza (*ius-directum-lex*) y su realización en los actores implicados: Estado, individuo, mercado y sociedad. Ello ha conllevado un tratamiento específico o un análisis cualitativo del continente- derecho- y del contenido del mismo. En el plano contextual de la modernidad el derecho ha pasado a ser tratado como ciencia, ciencia normativa. De ahí la concepción normativa, la concepción institucional y la concepción intersubjetiva.

Ello nos trasladó al derecho objetivo, que puede ser comprendido como conjunto de normas o preceptos –teoría normativista-, que nos llevaron al ordenamiento y sistema. Esas normas se explican, desde la perspectiva tradicional, como generales y abstractas. Otro encuadre viene servido por el institucionalismo con Hauriou en Francia o Santi Romano en Italia, que refrendan un nuevo marco. Otro encuadre viene delimitado por la relación y el plano relacional, donde Bobbio en su obra “Teoría de norma jurídica” recalca la <validez>, la <eficacia> y la <justicia>.

La evolución y significado del derecho presenta similares objetos de estudio, de análisis y de aplicación, por lo que conforman niveles de civilización.

El Derecho Penal es un indicador del desarrollo histórico, que plasma modelos de comprensión-integración del valor del orden social, de la seguridad individual y colectiva, de la convivencia y la libertad individual, que es presentado como orden jurídico, y refleja una organización jurídica. El derecho viene a ser un principio unificador de la vida en sociedad<sup>8</sup>.

El Estado de derecho está fundado en la concepción legal-racional de la legitimidad. Detrás de esta expresión hay que señalar que hay distintos tiempos en la modernidad del Estado de derecho, ya que hubo un momento del Estado liberal de derecho, luego el Estado social de derecho para pasar luego al Estado del Bienestar, que se identifica como un Estado “administrativo”<sup>9</sup> (análisis sistémico), que conlleva “planificaciones”(sociología del conocimiento con racionalidad sustantiva y funcional)

---

<sup>8</sup> Galvao de Sousa, J.R. *La historicidad del derecho y la elaboración legislativa*. Escelier. Madrid. 1972.

13

<sup>9</sup> Luhmann, N. *Teoría política en el Estado del Bienestar*. Alianza. Madrid. 1993. 15,

—no como en el plano del socialismo real, sino en el medio occidental, como señala Karl Mannheim-<sup>10</sup>.

Hay un equilibrio permanente entre individuo, sociedad, mercado y Estado, donde el derecho es concebido desde distintos ámbitos particulares y, en ese marco, hay un sentido vulgar, doctrinal y legal, que prescribe contenidos, objetos y efectos. Hay distintos modos de entender y describir lo que es el derecho. Así, para Ahrens el derecho es el principio que fija y arregla las condiciones con que los hombres pueden, individual y socialmente, perseguir sus objetos racionales. Para Kant el derecho es el conjunto de condiciones exteriores que limitan las libertades de cada uno para armonizar la libertad de todos. Para Schopenhauer el derecho es la negación de un injusticia. Para Krause el derecho es el conjunto de condiciones exteriores conformes con la razón y necesarias para la vida orgánica y social. Y, para Pascal, el derecho era aquello que es forzoso aceptar.

La idea del orden conlleva entender el derecho como marco normativo, ya que es forzoso para la libertad e imprescindible para vivir colectiva y socialmente. De esta forma el derecho presenta distintas esferas en su desenvolvimiento: libertad-orden. Ello nos traslada a lo natural, lo positivo, el sentido de lo justo, lo social, lo doctrinario (lo dogmático), que tiene un ámbito de desarrollo y aplicación propio, que implica el poder, la legalidad, la sociedad y el poder en sus formas institucionales. La forma de entender el derecho amplifica el sentido etimológico (Directum: derecho/recto), lo reglado o el mundo de las leyes, lo facultativo o la visión subjetiva, lo justo o lo referente a principios, lo histórico como apreciamos en del Vecchio que repasa la legalidad y la legitimidad... o el científico o sustantivo al referenciar el derecho a objeto de estudio sus elementos. Es decir, hay un escenario propio y el derecho se convierte en una forma dinámica de vida social<sup>11</sup>.

Si esto se dice del derecho en general, el Derecho Penal presenta unos rasgos y características propias y, en consecuencia, realiza unas misiones específicas y genéricas y enmarca un modelo de convivencia determinado por el tipo de normas que buscan la paz social, pero, además, la seguridad a través de la legalidad y la legitimidad.

El Derecho Penal ha tenido unas funciones propias que, tradicionalmente, desde la doctrina, se aplicaban: las funciones represivas y las funciones preventivas (a las que se añadía la retribución). Pero, acorde con la evolución del derecho penal, han ido apareciendo nuevas demandas y nuevas justificaciones y, en ese sentido nos planteamos las siguientes hipótesis:

1.- ¿Es posible determinar la sustentación de un orden y de un control a través del derecho? La legitimidad subjetiva y la legitimación objetiva se incardinan en una relación todo y parte; Esa legitimidad y legitimación se sitúan en el plano relacional del individuo: libertad/acción/resultado

2.- ¿El derecho penal es mediador entre acción y resultado? ¿Cómo se interpreta el conflicto? La acción del individuo no es ajena a la vida del grupo social, que se enmarca en las relaciones del individuo en el mercado, con otros individuos, consigo mismo, la

---

<sup>10</sup> Mannheim, K. *Libertad y planificación*. FCE. México 1946, 11- También en Mannheim, K. *Libertad, poder y planificación*. FCE. México. 1982

<sup>11</sup> L. López Medel, L. *El derecho, forma de vida social*. Madrid. 1965. 15

sociedad y el Estado, por lo que no sólo es significativo el resultado, sino la acción del individuo.

3.- ¿La igualdad del individuo se fundamenta en el principio de legalidad? Es ese Estado el que establece una legalidad en la cual se desarrollan las acciones individuales. Es el Estado el que define y determina, desde el principio legal, lo tipificado como permitido, tolerado y prohibido, es decir, la antijuridicidad.

4.- ¿Hay una relación entre acción, valor y control social? Esa acción del individuo viene connotada particular y colectivamente en unas interdependencias, donde se evalúan efectos y consecuencias. Es decir, a tales acciones se le corresponden unos resultados, es decir, la imputación.

5.- ¿Es el derecho penal el marco integrador de la vida social? La vinculación e identificación de las acciones en un contexto delatan el valor del derecho, la responsabilidad, el deber y la obligación

6.- ¿Hay responsabilidad por las acciones realizadas? La culpabilidad de las acciones dolosas (aquí la doctrina causalista y finalista tienen diferente tratamiento para la culpa, la negligencia e imputabilidad) es factor o elemento que está explícito en nuestra aplicación del derecho.

7.-¿La organización de la vida social implica normatividad, imperatividad, norma y necesidad? La punibilidad, castigo/pena, tiene en nuestro marco una orientación resocializadora y, en consecuencia, la búsqueda del individuo consigo mismo y la sociedad

8.-¿La relación de todas las categorías mentales y los conceptos nos sirven para delimitar la extensión del derecho penal, y de ahí se deducen unas funciones? Al plantearnos el abordaje de las funciones del derecho penal, es necesario una visión integral, que incorpore al Estado, al mercado, la sociedad y el individuo.

De esta forma se completa una visión que trata de abarcar las distintas problemáticas que se van conformando en el análisis de lo que es y representa el derecho para la sociedad, para el poder y para el individuo, el plano legal.

La legalidad se convierte en soporte y referencia de las conductas de los individuos en una sociedad determinada, donde el poder está formando parte básica en ese sistema y, en consecuencia, se convierte en factor o elemento determinante de la vida en todos sus manifestaciones: el derecho penal es el que regula el poder punitivo del Estado<sup>12</sup>.

Todo ello implica que el Derecho Penal cumple un papel determinante, identificado y conformante de conductas y de comportamientos.

---

<sup>12</sup> Javier Sainz Moreno, J. *Esquema de las ciencias del derecho positivo*. Tats. Madrid.1977.20

## 1.- EL DERECHO PENAL EN EL MARCO DEL INDIVIDUO, LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL MERCADO.

Pese a que el Derecho Penal tal como lo conocemos es un producto de la modernidad, el derecho represivo y la penalidad han surgido y se han desarrollado de acuerdo a los modelos y sistemas imperantes en los distintos tiempos, ya que todas las sociedades identifican a sus miembros, reconocen su labor y conforman premios y castigos. A lo largo del tiempo y en sus diferentes épocas, la humanidad en su conjunto y las distintas sociedades tuvieron sistemas basados en la fuerza, el poder, el dominio, la autoridad o la ley con la consiguiente sumisión, obediencia, sujeción, seguimiento y legitimidad

Desde la modernidad o si se prefiere, desde la Ilustración hay unas coordenadas específicas del individuo, de la sociedad, del mercado y del Estado. Hay un punto de inflexión, donde queda atrás el “ancien regimen” y se abre una nueva etapa después de las revoluciones: económica, política, científica y de pensamiento.

Las coordenadas existenciales después del racionalismo y el empirismo, el positivismo y el historicismo, el declive de la metafísica y su sustitución por nuevas corrientes afectaron directamente el discurrir especulativo, teórico, abstracto y el práctico, empírico y concreto, viendo su repercusión en el individuo, en la sociedad, en el mercado y en el Estado. Desde la perspectiva del derecho en general, siguen perviviendo marcos y criterios, pero que van dando paso a las nuevas coordenadas en cuando al análisis y en cuanto al encuadre y enfoque.

La revolución económica pone de relieve el papel del individuo en el mercado, la causalidad y la finalidad de sus acciones, donde aparece el interés, la nueva visión de la propiedad, las funciones de la posesión, el uso, el disfrute, el abuso..., que dan paso a que los sectores macroeconómicos y microeconómicos otorguen el espacio propio a la economía donde ya no sólo son los recursos, bienes y servicios, sino que hay un nuevo marco de valoración y de trato como han resaltado los padres de la economía, como Adam Smith o David Ricardo, pasando por las aportaciones de Stuart Mill, Jeremías Bentham, los fisiócratas franceses...etc., que posteriormente han sido cuestionados por el socialismo utópico, por el anarcosocialismo, por el liberalismo o por el marxismo. Pero, lo que queda como huella es el nuevo marco y las nuevas coordenadas que el mundo económico abre en cuanto al crecimiento, al progreso y al desarrollo. Tal es así, que desde la perspectiva privada el desarrollo de los códigos civiles y los subsiguientes cuerpos normativos mercantiles con el desarrollo de las sociedades (personalista, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedades Anónimas y Sociedades Corporativas) refuerzan el alcance y el significado de tal revolución.

La revolución política abre definitivamente el paso para la concreción del Estado de Derecho, dejando atrás el derecho divino de los reyes. Este Estado liberal de Derecho (dejando de lado el estado del terror, la reacción conservadora o los teóricos del tercer sector –Seiyes-) se fundamenta en seis pilares que han sido seguidos en la elaboración de las cartas básicas, las Constituciones: 1) La supremacía de la ley o principio de legalidad. La ley está por encima de los individuos, proclamando la igualdad ante la ley. 2) Separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial. Esta concepción venía arrastrándose con el enfoque que daba Locke que dividía los poderes en legislativo, ejecutivo y federativo, siendo corregido, posteriormente por Montesquieu que es el que

sirve de ejemplo en su libro “El espíritu de las leyes”. 3) Institucionalización de la Administración. Es decir el Estado pasa a ser persona jurídica con “entes” y “órganos” con Delegación” y “desconcentración”, donde queda señaladas las actividades circunscritas a facultades, competencias y atribuciones. 4) Reconocimiento formal de unos determinados derechos del individuo, que son presentados como básicos o fundamentales. 5) El pluralismo ideológico, que refleja la pugnabilidad de las distintas ideologías -el término ideología ha sido acuñado por Destutt de Tracy, aunque luego ha tenido distintas matizaciones y análisis como pudo ser el realizado por Marx y Engel en “La ideología alemana”- y que forma parte de la oferta de los partidos políticos y de los movimientos sociales. 6) Y el pluralismo informativo, dando paso a la opinión pública con todo lo que conlleva.

Hay que destacar que esta nueva situación del Estado Liberal con toda la carga capitalista y burguesa que se ha producido dio paso a otras situaciones que evolutivamente se han producido: el Estado Social de Derecho y, posteriormente, el Estado del Bienestar. Los análisis sociales y sociológicos de este nuevo tiempo han tenido una gran repercusión en otras que repasan los hábitos, estilos de vida, así como los rasgos de las nuevas formas que delatan comportamientos y conductas tales como señalan Marx, Freud, Spencer, Durkheim, Weber, Sombart, Schumpeter, Marshall, Veblen...etc.

La revolución científica es otra de las características que sobresalen en la modernidad. De hecho, después del siglo XVII con el posicionamiento de Copérnico, de Kepler y de Galileo pasando del enfoque “aristotélico” de la ciencia, que era causalista y finalista, que se circunscribía a la descripción, la visión de esta primera revolución científica resalta el plano modal, el cómo, a las causas y al fin y, de hecho, basan el conocer – frente al saber- en la observación, en la experimentación, en la verificación y en la predicción. De esta forma, había roto con los esquemas tradicionales y en vez de que la tierra fuera plana aparece ahora que es redondo, que la tierra no es el centro del universo, sino el sol....etc. A este tiempo le sucede Newton y el desarrollo del cálculo y la medición con lo que la ciencia tiende y busca la certeza. Posteriormente el positivismo enmarca ya el descubrimiento de leyes en los objetos y, en consecuencia delimita el papel de la ciencia y el modelo de ciencia a unos sujetos, a unos objetos y a unos métodos. En ese momento hay un salto cualitativo: el abandono de la metafísica, la irrupción de la ciencia y el desarrollo de las ciencias causalistas como prototipo del conocer.

En el mundo del Derecho estas tres revoluciones inciden directa e indirectamente, sea en el plano de los sujetos del derecho como actores sociales que afectan, influyen y delimitan la normación. Es evidente que se venían arrastrando las dos grandes corrientes, la del derecho natural y la que integra el positivismo, la escuela histórica con Savigny. Sin embargo, se abre un nuevo escenario que afecta a ciencia del derecho y a la teoría del derecho<sup>13</sup> y se enmarcan nuevas problemáticas, nuevas categorías y se define la naturaleza del derecho, tipos de regulación y límites subjetivos y objetivos, así como ámbitos territoriales y personales. Piénsese en lo que representa la soberanía, el mandato imperativo, la obligación, etc. El derecho aparece como un sistema de normas y, en consecuencia, opera como sistema jurídico. El derecho va a mostrar el plano real del orden jurídico<sup>14</sup>, determinando el tipo de conducta, la aceptada o la rechazada. De

<sup>13</sup> John Finch, J. *Introducción a la teoría del derecho*. Labor. Barcelona. 1977. 12

<sup>14</sup> Sánchez de la Torre, A. *Introducción al derecho*. UCM. Madrid. 1991. 26

esta forma, el derecho viene a ser la forma de libertad de la vida social, donde se manifiestan las conductas y donde hay un sistema de sanciones institucionalizadas administradas por la Administración pública

El derecho transversalmente, como ordenamiento jurídico, afecta, incluye y delimita la vida de los individuos, de la sociedad, del mercado y del estado. Todo ello en el plano teórico y en el plano práctico o experiencial. En ese sentido, los derechos y los deberes u obligaciones forman parte del horizonte de la vida social e individual en un Estado.

## El Individuo

¿Quién es el hombre? ¿Qué es el hombre? ¿Cómo es el hombre? Estas tres cuestiones han sido permanentes a lo largo de la historia. El hombre incorpora en sí los rasgos que señala Kant en su antropología filosófica: la animalidad, la humanidad y la personalidad.

Desde la modernidad de la Ilustración el Individuo es y representa una centralidad, ya que está dotado de libertad y de razón y, por otra parte, está aceptado y valorado de acuerdo a los principios de igualdad, fraternidad y libertad.

Hay que señalar que la misma acepción de individuo marca un límite y es señal de este nuevo tiempo. De hecho, quedan atrás las concepciones antropológicas de : “hombre”, que encontramos en el mundo hebraico representado la globalidad y la plenitud; “persona”, que es la gran aportación del mundo griego, la figura, la representación y el actor como podemos apreciar en los diálogos de Platón; el “sujeto”, que aparece en el renacimiento y que sobresale en los planteamientos de Descartes en su ego cogitans; y, como cuarta etapa, la Ilustración nos adentra en el “individuo” con sus recorridos y aplicaciones: individualismo, individualidad e individuación.

La Ilustración enmarca un nuevo modo de interpretar el cambio y el progreso y entran con significado propio el Estado, el mercado, la sociedad y el individuo con su libertad y razón. A partir de ahí se van configurando las nuevas formas de realización del poder, las nuevas actividades públicas y privadas así como la regulación de las mismas. La revolución económica y la ilustración inglesa con Locke, con Hume, con Berkeley...; la revolución política y la ilustración francesa con los enciclopedistas, con Voltaire, con D’Alambert, Diderot, Condorcet, Rousseau o Montesquieu al lado del pensamiento materialista de D’Holbach, La Mettrie o Helvetius, y la reacción de los conservadores como Bossuet, Fenelon, aparte de Seiyes...; y los planteamientos de la ciencia y la ilustración alemana con Hegel, con Kant, con Schelling, con Goethe, con Herder...; abren un nuevo marco de referencias y referentes para la sociedad, para el mercado, para el Estado y para el individuo

A este tiempo hay que añadir las nuevas incertidumbres y referentes que se desarrollan y que marcan maneras, usos, costumbres y principios, donde la corriente histórica incorpora las aportaciones del positivismo a lo que añadimos la irrupción de las ideologías, el desarrollo del pensamiento social y los encuadres de la teoría social, tales como el socialismo utópico, el anarquismo socialista, así como el pensamiento conservador o también el pensamiento irracional con Nietzsche, así como las aportaciones dialéctica de Marx o el psicoanálisis de Freud. Los nuevos actores como el



Mercado, el Estado, la sociedad y el individuo van desarrollando y visualizando su propio discurrir.

De hecho, de forma genérica se usan indistintamente los conceptos de hombre, persona, sujeto e individuo, pero hay significaciones diferenciadas en los distintos modos de saber: vulgar, popular, religioso, poético, filosófico, científico, tecnológico y técnico. En ese sentido, desde el pensamiento filosófico podemos apreciar la concepción que ofrecen los sofistas, que son relativistas; Sócrates para quien el hombre es esencialmente moral; para Platón el hombre es un ser completo; para Aristóteles es un ser completo; para S. Agustín busca el más allá; para Santo Tomas el hombre es una sustancia individual de naturaleza racional; para Maquiavelo el hombre es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*); para descartes el hombre es pensamiento (*cogito ergo sunt*); para Kant el hombre es fin en si mismo y medio; para Hegel el hombre es un momento de la evolución de la idea; para Marx depende de la estructura económico-histórica; Nietzsche exalta la vida, el superhombre; para Scheler el hombre es el ser superior; para Heidegger el hombre es el guardián del ser... Es decir, nos encontramos con sistemas y modos de enfocar y explicar el alcance y el significado que el hombre tiene en sí, para sí y de sí, ya que es el actor-agente de la vida en un momento histórico y de la historia.

Deteniéndonos en el escaparate histórico del pensamiento hay que recordar que Sócrates apelaba a la sabiduría, al conocimiento y a la búsqueda de la misma y, de ahí el “conócete a ti mismo” y reflexionando sobre si mismos se regulan la conducta individual y social, donde se destacan la virtud y la felicidad.

Para Platón el ser humano está dividido en dos partes, el cuerpo y el alma, mundo de los sentidos y el alma inmortal. Su visión del cuerpo humano dividido en tres partes: cabeza (razón), el corazón (voluntad) y el vientre (deseo).

Para Aristóteles la meta del ser humano es la felicidad, que se consigue a través de las capacidades y las virtudes, donde destaca la justicia, que es la virtud integral del hombre sociable.

Posteriormente, en la filosofía estoica (Zenon) se parte de que cada persona es un microcosmos, reflejo del macrocosmos, que manifiesta una evolución cíclica del mundo y su visión panteísta (Hado o Destino) y la verdadera felicidad proviene de la virtud, razón, autodomínio y fortaleza de ánimo, por lo que el ser humano debe vivir de acuerdo conforme a la naturaleza y la razón; para los epicúreos (Epicuro) la felicidad consiste en la búsqueda del placer –hedonismo–, para lo que esa vida feliz consiste en un equilibrio de placeres; los cínicos (Diógenes) afirmaban el individualismo y la felicidad no dependía de cosas externas; para los escépticos (Pirrón) sostienen la inseguridad y, en consecuencia, no se pronuncian sobre la realidad.

En nuestro contexto occidental aparecen las aportaciones como el neoplatonismo con Plotino, que diferenciaba el mundo de los sentidos y de las ideas, donde el hombre se compone de cuerpo y alma y, en ese marco nos habla del “uno” o Dios, que ilumina el alma humana, resaltando los pasos de ese acercamiento del hombre a Dios: la ascesis (renuncia a las cosas mundanas), la contemplación (conocimiento de la verdad y belleza) y el éxtasis (sumergimiento en la divinidad). El desarrollo posterior vino configurado por el cristianismo y por el desarrollo de las corrientes que se han sucedido

como el iluminismo de San Agustín, las aportaciones de la patrística que han desarrollado unos bases explicativas de una construcción del mundo. De hecho, San Agustín en *Las confesiones* o *La ciudad de Dios* o en *Soliloquios* desarrolla la conjunción de razón y fe, donde traslada su visión platónica de la autotranscendencia en la cual el alma conoce las verdades por la iluminación divina; en su perspectiva el ser humano está constituido por dos sustancias: la espiritual (alma) y la material (cuerpo), el alma con la razón inferior conoce las realidades mutables y sensibles, y con la razón superior conoce la iluminación divina, y, así mismo, en la moral aparecen dos modalidades señaladas en *Las dos ciudades*, los que se aman a sí mismos y los que aman a Dios; la desintegración del imperio romano conlleva una paralización en el pensamiento que va desde el siglo V al IX que surge el neoplatonismo con Juan Escoto Eriugena para quien filosofía es idéntica a Religión; posteriormente está el agustinismo, que configura unos modos de interpretar muy propios con unas bases concretas tales como la complementariedad de razón y fe, la iluminación divina y la razón que puede conocer las verdades universales y eternas, el alma y cuerpo, y la primacía de la voluntad sobre el entendimiento, siendo un exponente de esta corriente San Anselmo; posteriormente aparece el averroismo latino con Averroes, que vuelca el pensamiento de Aristóteles, que reafirma que el mundo es eterno, que el alma humana no es inmortal o la teoría de la doble verdad (teológica de la fe y filosófica de la razón). El tránsito del IX al XI viene consolidado por las escuelas catedralicias y el surgimiento de las universidades, donde se utiliza un método deductivo e inductivo: la escolástica. En la continuidad de desarrollo histórico adquiere peso específico Santo Tomás, que se manifiesta contrario a las tesis de Averroes, uniendo la filosofía de Aristóteles con el cristianismo, razón y fe, resaltando que el conocimiento intelectual empieza por los sentidos, por la percepción sensible y que pasa posteriormente a la abstracción, reafirma que el fin último del ser humano es la felicidad o gozo de la verdad, sosteniendo que el ser humano está dotado de raciocinio y que el ser humano vive en sociedad con obligación moral de respetar las exigencias de la justicia, que es la ley natural (ordenatio); Posteriormente, aparece la crisis de la escolástica, aunque en ese período aparecen las aportaciones de Duns Escoto que diferencia la filosofía de la la teología y afirma el voluntarismo, la primacía de la voluntad, la voluntad es superior al entendimiento, luego aparece en el pensamiento Guillermo de Ockham con el nominalismo, criticando los universales de Aristóteles y Santo Tomás queran términos universales de la lógica, para afirmar que el conocimiento arranca de la experiencia directa y que tiene sus raíces en la intuición sensible y en la intelectual y toda experiencia es individual. Es en ese tiempo donde se abre una aportación básica al plano de la regulación y a la referencia de la misma: el derecho natural con Puffendorf o Hugo Grocio.

Con el Renacimiento hay una vuelta al hombre y se han desarrollado visiones y explicaciones significativas en el plano de la ordenación, de la jerarquización y el reconocimiento. Ahí está la afirmación de la autoridad real y la consolidación de los Estados nacionales Ahí están las aportaciones de los utópicos como Tomas Moro o Campanella; el pensamiento conflictivista de Maquiavelo; la filosofía de la naturaleza con Nicolás de Cusa, Giordano Bruno o Francis Bacon; el platonismo con representante como Marsilio Ficino o Juan Pico de Mirandola que es el autor de “Discurso de la dignidad del hombre”, donde señala que el hombre es bueno por naturaleza (al igual que en la Ilustración defendió Rousseau o, posteriormente, el propio Marx); el aristotelismo en sus dos corrientes (averroistas y los seguidores de Alejandro de Afrodisia); los neoescolásticos donde aparece la universidad de Salamanca y que han hecho una

aportación cualitativa al derecho: Francisco de Vitoria , que considera que la comunidad política no puede ejercer por si misma la autoridad, por lo que la confía al rey, que como tal representa a la sociedad, es a su vez partidario del derecho de gentes y del reconocimiento de la soberanía e independencia de los estados nacionales, así como un impulsador del derecho internacional o Francisco Suárez.

Otro de los pensadores que han tenido un peso determinante ha sido Bodino. Con el Barroco se consolidan dos formas de encarar el pensamiento y el conocimiento de la realidad: el racionalismo y el empirismo. El racionalismo presenta unos rasgos tales como el dar prioridad a la razón, al entendimiento como fuente de conocimiento y a la utilización del método deductivo. Entre sus cultivadores encontramos a Descartes, que parte de la duda metódica, de las relaciones alma-cuerpo, de que el hombre en la moral debe regirse por tres reglas, la conformidad con las leyes y la religión del país en el que viva, la constancia en el ánimo y la moderación en los deseos para alcanzar la felicidad, y sostiene que hay tres tipos de ideas: las innatas (el pensamiento las posee), las facticias (construidas por la mente) y las adventicias (que proceden de la experiencia externa); Spinoza que tanto en “Ética demostrada según el orden geométrico” o en su “Tratado teológico social” presenta una visión panteísta, señalando que los hombres no deben dejarse arrastrar por emociones incontroladas, la alegría y el deseo son más intensas cuanto mayor es el grado de perfección en el conocimiento y mediante el conocimiento el hombre atenúa la servidumbre, señalando que el hombre está determinado por condiciones externas como pueden ser los regímenes políticos o las legislaciones; Malebranche y el ocasionalismo señala la relación entre alma y cuerpo y las relaciones que existen entre las cosas son establecidas por Dios, que las toma como ocasiones para ejercer su voluntad; Leibniz distingue dos clases de verdades: las verdades de razón, que son analíticas y que expresan una relación entre sujeto y predicado, y las verdades de hecho, que tratan sobre las cosas existentes en la realidad, expresan una relación hipotética y pueden ser verdaderas o falsas, por lo que para fundamentar las verdades de hecho es necesario el principio de la razón suficiente. El empirismo señala que todo conocimiento se adquiere por los sentidos, que el hombre no tiene ideas innatas sobre el mundo porque las ideas provienen de la observación y que una idea o un concepto para que sea verdadero ha de ser adquirido por la experiencia, siendo sus representantes: Hobbes, que parte de que el hombre tiene alma y cuerpo y el alma no puede ser inmaterial porque lo espiritual no se puede representar y señala que los comportamientos naturales del hombre suelen ser instintos incontrolables, basado en el egoísmo y, para poder haber paz y seguridad los hombres hacen pactos; Berkeley es el representante del idealismo psicológico, ya que afirma que las cosas sólo existen cuando son percibidas como ideas en la mente de la persona, existir es ser percibido y considera que el mundo exterior es pura ilusión; John Locke afirma que el hombre recibe sus ideas y conceptos a través de la experiencia, las ideas pueden ser simples (pensamientos y razonamientos) y complejas y, defiende como los racionalistas el derecho natural; Hume sostiene que la única fuente del conocimiento es la sensación y que el conocimiento humano basado en la experiencia tiene dos tipos de percepciones: impresiones e ideas

Con la Ilustración hay una crisis en la metafísica y se abren nuevos derroteros al pensamiento y al conocimiento, donde hay tres grandes revoluciones: la política, la económica y la científica. A partir de aquí el pensamiento filosófico da paso a la filosofía social, a las especializaciones de la ética, la sociología y la política. En ese contexto sobresalen los posicionamientos de Inmanuel Kant y sus Critica de la razón

pura, la Crítica de la razón práctica, la crítica del juicio, la Antropología filosófica y la Metafísica de las costumbres; el idealismo absoluto de Hegel, el idealismo subjetivo de Fichte o el idealismo objetivo de Schelling; surge el positivismo con Comte; el materialismo con Feuerbach y Marx; las revisiones críticas del idealismo con Kierkegaard o Schopenhauer; el historicismo con Dilthey; la fenomenología con Husserl o Merleau-Ponty; los existencialismo con Jaspers, Heidegger o Sartre; la axiología con Max Scheler; el vitalismo con Bergson, Nietzsche; la filosofía analítica y neopositivismo con Russell, Wittgenstein, Austin; o la filosofía hermenéutica con Gadamer.

Con el desarrollo de la ciencia y el conocimiento científico el estudio del individuo se fragmenta definitivamente y, al lado de la medicina que perfila los rasgos de la normalidad y las patologías y las enfermedades tanto en el plano físico como psíquico, pero, además aparecen otras ciencias como la psicología, que enmarca el estudio desde diferentes encuadres conductuales y así aparece el planteamiento evolutivo de la personalidad, la psicología diferencial, el estudio aplicado, etc; igualmente aparecen los estudios del resto de las ciencias experimentales y humana y, en ese sentido, la economía realiza sus aportaciones macro y micro sobre las necesidades, las satisfacciones, las aspiraciones y logros, la construcción social del deseo, los recursos, los bienes, etc., otra ciencia experimental o humana es la sociología que analiza la sociedad y sus componentes, el individuo, donde sobresale la opinión, el comportamiento y las actitudes, colateral con la sociología está el enfoque ético, donde se analizan los valores, los contextos axiológicos al igual que en la antropología<sup>15</sup>, que se detiene en el constructo de la persona, que encierra sus sustancia, su intimidad, su realidad corporal, espacial y temporal, así, aparece la corporeidad, la intersubjetividad y la historicidad, donde sobresale la dignidad, la naturaleza humana, donde se afirma la igualdad absoluta de todos los hombres, su significación, su personalidad y existencia, donde aparecen la afectividad, la libertad, las relaciones interpersonales, las decisiones, elecciones y actividad con todas sus implicaciones, que son leídas como resultado, como consecuencia y como efecto. Es decir, aparece la multiplicidad de un micrcosmos que tiene entidad en si mismo y para los demás.

Llegados a este punto vamos a retomar la división y diferenciación de las ciencias, que plantean contestar al <qué> (objeto), al <por que> (la causa), al <para qué>(el fin) y el <cómo> (método), realizado por un <quién>(sujeto), lo cual nos sitúa en la realización de la ciencia, con su lógica de investigación, con su horizonte perceptivo y cognitivo, con su planteamiento epistemológico, empírico, teórico y acumulativo y donde diferenciamos a las ciencias causalistas como la física y la química, a las ciencias funcionales como la medicina y la biología, hay que sumar las ciencias experimentales y humanas, a las que hay que añadir el desarrollo de otras dos modalidades de ciencia, por una parte las ciencias aplicadas y las ciencias normativas (como son las filologías, que normativizan el lenguaje, la ética que plantea la relación de conciencia, bien y conducta y el derecho, que plantea el ordenamiento jurídico y la conducta). Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado conviene diferenciar que las ciencias experimentales y humanas estudian los <comportamientos> (cum - portare, producirnos al lado de otros), frente a las ciencias normativas del derecho que estudian las conductas (cum - ducere, conducirse de acuerdo a normas).

---

<sup>15</sup> Hay una abundante literatura sobre todo de antropología filosófica, recogiendo a modo de referentes podemos señalar Haeffner, G. *Antropología filosófica*. Herder. Barcelona. 1986; Brorkman, J. M. *Derecho y antropología*. Civitas. Madrid.1993

## La sociedad.-

Desde la aparición de la sociología con Comte, como física social o ciencia de la sociedad, se ha ido consolidando unos acuerdos que se han ido institucionalizados en distintos ámbitos como los académicos, los epistemológicos y los de aplicación, donde se analiza a la población, a la humanidad, a los conjuntos humanos en categorías y conceptos, tanto en el plano propio como en el plano relacional, desde el territorial o espacial, la temporal y la relacional. Hay, pues, toda una evolución desde el pensamiento filosófico al conocimiento científico

La sociedad es entendida como conjunto de seres humanos y, distintas disciplinas y materias, tratan de analizar las coordenadas de esa población desde la humanidad a los grupos sociales. En ese sentido se repasan las coordenadas espaciales, la distribución de los componentes de las sociedades y, así hablamos de humanidad como globalidad o totalidad de individuos distribuidos por el mundo, incorporando a los nómadas y a los sedentarios. Otros analizan el territorio y las posibilidades en función de los recursos o bienes para evaluar los recorridos. Otros analizan la evolución de las distintas poblaciones en su conjunto o las sociedades y grupos. En definitiva, la geografía humana, la economía mundial, la demografía o la sociología nos va presentando toda una gama categorial y conceptual que sirven para explicar la estructura y el cambio de las poblaciones sociales y sus implicaciones.

La sociedad puede concebirse o entre distintas técnicas: la sociedad de distintas maneras: 1) la sociedad de la observancia, donde caben el orden, la unidad, la defensa y el sacrificio. 2) la sociedad de la autorrealización, donde hay individuos y necesidades. 3) la sociedad de la trascendencia, donde la identidad y los valores se conforman como un hecho social. La sociedad externa, que es observada por Durkheim como representación y hecho social.

A los efectos de delimitar y conjuntar ese marco referencial con relación al derecho o ámbito normativo y regulativo legitimado, hay que señalar que la sociedad puede ser entendida, al menos, desde cinco planos diferentes con implicaciones significativas cada una. De esta forma, podemos entender la sociedad:

- a.- Como un TODO. La sociedad es entendida, comprendida y explicada como una totalidad. En este modelo, propio de los sistemas totalitarios y sistémicos no cabe la ruptura y hay un pensamiento único. Este modelo ha tenido un paso histórico profundamente significativo, ya que la dialéctica inclusión/exclusión es su base de actuación
- b.- Como SUMA. La Sociedad entendida como suma pone su foco en los componentes y, en ese sentido la sociedad llegará a ser el producto de los individuos. Los liberalismos ponen el acento en ese objetivo y desde ahí proyectan ese modo de extender el modelo.
- c.- Como TRASCENDENCIA. Ver la sociedad como trascendencia es atribuir perennidad a la sociedad. Los individuos pasan y la sociedad permanece. Este modelo tiene una aplicación propia con similitudes comunes, por ejemplo cuando hablamos de “pueblo de Dios”, que puede abarcar a ciudadanos de diferentes Estados y con sistemas normativos distintos.
- d.- Como IDENTIDAD. Ver la sociedad como identidad nos traslada al “nós-otros”, a la <pertenecía>, a la <procedencia>, a la idea de pueblo circunscrito, al nacionalismo, tal como lo describe Herder, que viene determinado por la “raza”,

la “etnia”, la “lengua”, la “cultura”, el “pasado histórico” y el “devenir”, y que entre nosotros ha desarrollado Sabino Arana y Vicente Risco.

e.- Como HECHO SOCIAL. La sociedad como hecho social ha sido delimitado conceptualmente por Durkheim, que incorpora el ámbito de representación y el alcance y el significado del hecho social<sup>16</sup>. El hecho social se caracteriza por tres notas

- 1.- Es General
- 2.- Es Coactivo
- 3.- Es Externo

La humanidad como conjunto global incorpora distintas sociedades y diferentes grupos. Ese conjunto total está compuesto por agregados, que estructural y funcionalmente operan en unos espacios, en unos tiempos con unas relaciones determinadas. La sociedad está perfectamente integrada y, en ese sentido, el derecho es un instrumento de cohesión.

## El Estado

Desde la perspectiva histórica nos encontramos que la organización del poder en la sociedad ha tenido distintos modelos. De esta forma, al observar la polis griega los sofistas, Sócrates o, posteriormente Platón en “La república” y, posteriormente, en “Las leyes” o en Aristóteles en su “Política” dejan al descubierto lo que es la <institución>, la <dirección>, la <administración> y la <gestión> que, luego, el mundo romano incorpora la <organización>. A partir de ahí ha tenido unos desarrollos y evoluciones tales como nos delata la historia: dónde procede el poder, el uso del mismo, la actitud de servicio, la responsabilidad, etc.

De esta forma, a lo largo de la historia hubo distintos modos de organizarse, planteando y solventando los conflictos y, en ese contexto, se ha desarrollado el <zoon politicon> de Aristóteles. Todas las sociedades han ido consolidando sus propios modos de estar y administrar.

En ese sentido, se ha desarrollado el poder político, como marco organizativo, que conlleva la “fuerza”, la “influencia” y la “autoridad” al lado de otra realidad: la “legitimidad”, que se completa la “legalidad”. De esta manera, se ha ido consolidando la forma de poder en las sociedades.

La realidad política a lo largo del tiempo ha ido conformando diferentes modelos, pero todos presentan una <estructura>, unos <procesos> y unos <resultados>. Como estructura podemos observar el modo de funcionamiento: ¿máquina, organismo o mercado?<sup>17</sup>. En ese sentido, en la evolución de la modernidad los modelos <funcionalistas>, <estructural-funcionalista>, <dialéctico>, dentro de los <generalistas>, se contraponen a las visiones <particularistas> del <conflicto>, <intercambio>, etc. y, desde esta dimensión la evolución del <Estado liberal de derecho>, su paso al <Estado social de derecho> y, posteriormente, el <Estado del Bienestar>, que presentan un entorno y una funcionalidad, inputs/outputs, determinados.

---

<sup>16</sup> Durkheim, E. *Las reglas del método sociológico*. Alianza. Madrid.1988.7

<sup>17</sup> Valles, J.Mª *Ciencia política*. Ariel. Barcelona.2006.26

El Estado se conforma como persona jurídica, como institución, como organización y como forma, donde la democracia es una de las mismas.

Desde la perspectiva jurídica se parte de un territorio, una población y una forma de gobierno y de gobernarse. Dentro de esos elementos hay estructuras y funciones. Igualmente aparecen y sobresalen procesos y resultados. Con relación a los procesos hay que valorar los contextos, el marco cultural, la socialización, la comunicación y las ideologías, también tienen significación los actores y las acciones individuales y colectivas, donde hay que valorar los que dirigen, administran y gestionan, los líderes y su gobernanza<sup>18</sup>

El Estado es un fenómeno de naturaleza compleja, que encierra formas de organización política y, al mismo tiempo son poderes públicos. El Estado no ha permanecido siempre de una forma o inalterable y, así, aparece el Estado absoluto, el Estado liberal, el Estado social...o el Estado del bienestar. Sin embargo, el término se convierte en denominador común para hacer y representar el poder.

Max Weber señala que el Estado es una “organización institucional que posee el monopolio de la violencia”<sup>19</sup>(o coacción legítima). Ello nos adentra en posicionar definitivamente el Estado en la dimensión del poder.

## El Mercado

La economía, oikos/nomos, norma de la casa o también dirección, gobierno o administración de la casa: de forma general se entiende como el arte de llevar bien una casa, de administrarla correctamente los bienes ; es una gestión rentable y beneficiosa; aunque por extensión la economía, desde la aportación científica, se entiende la organización de diversas partes de un conjunto de acuerdo a unos planteamiento de fines, objetivos y metas. Hay que resaltar que la economía pone en relación la necesidad con la satisfacción, la aspiración con el logro, la oferta con la demanda, la producción con el consumo de bienes, recursos y servicios, los ingresos y los gastos. La economía ha sido una realidad vital y permanente en los individuos y grupos sociales en todos los tiempos. No puede vivirse sin racionalizar, priorizar y determinar las acciones humanas con relación a los bienes, a los recursos y a los servicios. Es Gurvitch quien señala que la Economía es la ciencia del aprovechamiento oneroso del mundo exterior”<sup>20</sup>.

La determinación de la economía al relacionarla con la política aparece la economía política, que es la materia o disciplina que tiene por objeto las leyes de producción, disolución y consumo de los bienes y riquezas. Desde la filosofía social la economía se convirtió en centro de atención y de referencia. Ahí están las aportaciones del socialismo utópico, del anarco-socialismo, Marx y el marxismo al lado de Adam Smith, David Ricardo, del liberalismo y utilitarismo con Stuart Mill o Jeremías Bentham, luego los fisiócratas, después von Mises, Hayek, Schumpeter, Keynes...

---

<sup>18</sup> Hay gran abundancia bibliográfica y entre ellos podemos señalar a Duverger, M. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Ariel. Barcelona.1970; Hauriou, A. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Ariel. Madrid.1971; Jellinek, G. *Teoría general del Estado*. Albatros. Buenos Aires-1954; García Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*. Revista de occidente. Madrid.1950.

<sup>19</sup> Weber, M. *Economía y sociedad*. FCE. México.1988

<sup>20</sup> Gurvitch .*Traité de sociologie*.PUF. París.1974

Desde la Ilustración la economía ha entrado directamente en el plano institucional en todos los frentes. De hecho, Rousseau nos recuerda que la economía viene de oikos nomos, ley y originariamente no significaba sino el sabio y legítimo gobierno de la casa, en busca del bien común para toda la familia. Posteriormente, el sentido de este término se extendió al gobierno de la gran familia, que es el Estado. Para distinguir estas dos acepciones, la llamamos, en el último caso, economía general o política, en el otro caso, economía doméstica o particular<sup>21</sup>.

Igualmente, en la Ilustración alemana, Hegel señala que la economía política es la ciencia que tiene en el examen de la esfera de las necesidades su comienzo, pero que tiene que presentar luego la relación y el movimiento de la masa de datos contingentes en su entrelazamiento o determinación cualitativa y cuantitativa. Es una de las ciencias que han encontrado en la época moderna su terreno propio<sup>22</sup>.

Marx afirma que la economía política, ciencia de la riqueza, es al mismo tiempo la ciencia del ahorro<sup>23</sup>.

Otro de los autores que señala las nuevas dimensiones de la economía es Simmel en “Filosofía del dinero”, que pone de manifiesto las dimensiones simbólicas del intercambio.

En esta conformación social conviene recordar los planteamientos de Weber y de Schumpeter, que enmarcan definitiva y completamente las dimensiones del alcance de la economía y su incidencia social desde la propiedad, la posesión, el beneficio, la ganancia, la plusvalía...etc. La modernidad ha racionalizado definitivamente en cuerpos legales todo el proceso en el plano civil, mercantil, constitucional o político y administrativo

Max Weber	Schumpeter
Poder Carismático.....	Fundador/Empresario
Poder Autoritario.....	Herederos (Nuevas sociedades civiles)
Poder Legal.....	Sociedades mercantiles y Adhocracia

Es decir, hay toda una nueva forma de realizar la vida económica, política y social, tanto en el plano individual y particular como en el plano público y colectivo y, de acuerdo con esa las nuevas coordenadas se va a instaurar una institucionalización que nos lleva a nuevos actores en la vida social.

### 1.1.-El derecho como ciencia: las ciencias normativas

Frente a las distintas formas de <saber>, que reflejan pensamientos consolidados está el <conocer>. El saber queda conformado en distintas referencias, que se colocan como modos a priori, prelógicos, abiertos y universales. Operan como verdades cosificadas,

<sup>21</sup> Rousseau, J.J. *Discours sur l'économie politique*. Gallimard. París.1972

<sup>22</sup> Hegel *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona.1988

<sup>23</sup> Marx, K. *Manuscritos*. Amorrortu. Buenos Aires. 1974



como enunciados y afirmaciones que pasan como verdades indubitadas, ya que se mitologizaron.

Hubo distintos modos de sostener y referenciar esas formas de saber, que han sido reactualizados en distintos referentes o prohombres que utilizaron esas formas como las habituales, comunes y colectivas. Es aquí donde encontramos los equívocos, toda vez que el saber es transmitido y, en consecuencia aparece la información y la comunicación, que son imprescindibles para el <saber> y para el <conocer>

El saber y el conocer son cualidades humanas, que nos sirven para la aprehensión de la realidad y su interpretación, para el almacenazgo y la instrumentalización de experiencias, ideas, sentimientos, creencias y opiniones, así como de las vías de la intuición, de la reflexión, de la percepción (subjetiva y objetiva), de la emoción o de la sensación con la motivación, la memoria y la inteligencia.

Hay diferentes modos de saber (sapere), que afectan a la concepción del mundo y a la mecánica de los comportamientos y que operan en paralelo al conocer (gnoscere-scire). Los diferentes modos de saber podemos determinarlos en ocho formas: <saber vulgar> o de sentido común recogido en proverbios, salmos, adagios, sentencias, dichos, recetas, refranes o chistes; <saber popular> o patrimonialización de mitos y ritos, que vinculan, afectan y determinan la pertenencia a grupo determinado; <saber religioso>, tanto las naturales como las de libro, normativizan, regulan y administran la pervivencia, la trascendencia y la inmanencia; <saber poético> que establece las relaciones de lo relativo con lo absoluto y a la inversa; <saber filosófico> o sistémico basado en la razón y el discursar lógico; <saber tecnológico> o proyectivo basado en el cálculo en la informatización y en la robótica; <saber técnico>, que es mecánico. Todos estos modos de saber reflejan y proyectan formas de mirar el mundo, que tienen su vigencia y reactualización.

El saber tiene un espacio abstracto que merece ser reconocido ya que implica concepciones del mundo determinados y, en ese sentido, nos recuerda el mundo de las ideas innatas de Platón y Descartes. Platón entendía que hay tres modos de entender al hombre y el mundo: la cosmología, la epistemología y el aisthetos (opinión –doxa- y creencia).

Por otra parte y dando un paso más, Aristóteles sostenía en la Metafísica, que la persona conoce por tres vías: la experiencia, el oficio y la teoría. Ello nos lleva a otro modo de analizar el mundo, los otros o Dios desde otra perspectiva: la comprensión y explicación desde la persona. Es ésta la que aborda, comprende y explica los elementos de la realidad observada. Estamos en el conocer en su doble acepción del gnoscere y de scire. El conocer conlleva proceso y resultado. El conocer conlleva, como señala Aristóteles, memoria o lo repetitivo, pero, además la imaginación, lo creativo.

El conocer conlleva la relación de sujeto/objeto, de pensamiento/experiencia y del yo/circunstancias, que señalaba Ortega y Gasset.

Al repasar los antecedentes del conocer podemos observar el planteamiento de Pascal, que en sus Pensamientos nos delata que el hombre es un caos, un sujeto de contradicciones, señalando que el no es nada comparado con el infinito. Con ello queremos recordar la <naturaleza de las cosas> y el <pensamiento de las cosas> y a lo

largo de la historia observamos- como señala Apollinaire dos clases de pensadores: el <acumulativo>, que recoge todo de la naturaleza –forma descriptiva- y el <reflexivo> (que establece ámbitos de razón)

El entendimiento, la comprensión y la explicación de la vida y de los hombres implican aplicaciones de inteligencia, memoria, voluntad, motivación, finalidad y racionalidad. En ese sentido, la metafísica o conocimiento gnoseológico y sistémico daba unos tratamientos frente a los que irrumpe el conocimiento científico que se circunscribe a la <observación>, la <experimentación>, la <verificación> y la <predicción>, cuatro requisitos de la ciencia, que se expresa en lenguaje.

La ciencia se circunscribe a los hechos, que reflejan una generalización empírica relacionado con los sistemas de generalizaciones, donde hay unos esquemas de conceptos y categorías con relaciones y clasificaciones, donde se posicionan conocimientos y se relacionan para la predicción de nuevos hechos.

Ello nos lleva a que los hechos ayudan a iniciar teorías, al rechazo, al foco de orientación y a la reformulación de la teoría.

La ciencia da un paso más allá de la filosofía, del sujeto, del pensar, del pensamiento, para adentrarnos en el objeto y en la forma verbal. Es decir, se pasa de la lógica del descubrimiento subjetivo a la lógica de la demostración, dejando atrás los criterios de verdad para pasar a los criterios de certeza, que implican la existencia de elementos subjetivos, el sujeto investigador, el objeto de estudio o análisis y el método de abarcabilidad de tales visiones.

El derecho va más allá de las ciencias experimentales y humanas para adentrarnos en cómo han sido analizados los hechos de la normación en las distintas sociedades, que componen una “territorialización de conocimientos”, que vienen presentados por una oratoria, una doctrina y una fundamentación de los que detentan y ejercen el poder. De ahí la importancia de los antecedentes y el papel de los que ejercen el poder; igualmente el papel de los juristas; así como lo que nos sugiere la razón sobre la estructura y la función en la sociedad.

Todo ello evidencia un territorio propio de problemas (orden, ley, infracción, delito, consecuencias...), así como las instancias de poder y las ideas reguladoras de la sociedad, donde hay legitimidad de actos y legitimación de acciones con las consecuencias y efectos.

La norma y la regulación aparece como un hecho social, como un fenómeno que aprecia la sociedad en su conjunto y la interacción de los miembros, el orden y los hechos, lo cual sitúa esa relación desde una perspectiva social y natural, abstracta y concreta, categórica y normativa, general y especial.

El derecho no va caminando desde el perfil de la ciencias sociales y humanas, sino desde el marco de las ciencias normativas (al lado de la ética y las filologías), aunque la expresión ciencia social referencia una expresión general que comprende a todas las ciencias que se ocupan de los asuntos sociales.

La ciencia parte de hechos sociales, en este caso las ciencias jurídicas parte de la norma jurídica, que regula las conductas, donde se aprecian fenómenos sociales y naturales; condiciones y conductas de individuos, que son comprendidas y explicadas de forma deductiva, probabilística, funcional, teleológica y relacional. De esta forma, se explican los elementos básicos de la ciencia: un sujeto que examina, un objeto analizado, un método, unas fuentes, unas relaciones, unos resultados (efectos y consecuencias) y unas previsiones. Es decir, desde la dimensión científica se ponen de relieve: a) la evidencia científica; b) la relación empírica-teoría; c) la aplicación general y especial; d) los juicios de valor y de hecho; e) y las relaciones macro/micro.

Es que el derecho, entendido como contenido normativo, integra acción-estructura, ofertando dimensiones como: a) ontológicas; b) gnoseológicas; c) lógicas; d) y epistemológicas.

Pero, además del objeto, si atendemos al método de aplicación, que se resume en la subsunción del hecho a la norma, delata que el método es objetivo (deductivo o inductivo); presenta una formulación de carácter general; es autocorrectivo y progresivo; se atiene a las metodológica externas e internas; es fáctico; Trasciende a los hechos; y se vale de la verificación empírica

En definitiva, el derecho como ciencia normativa presenta tres grandes rasgos como el resto de las ciencias: a) su sistematización; b) su objetividad; c) y el control.

Es que el desarrollo de las ciencias plantea la aplicación y realización de individualización y generalización y su institucionalización ha tenido un recorrido propio en occidente, donde la Crítica de la razón pura de Kant abre unos nuevos derroteros para la filosofía y, posteriormente para la ciencia, donde hay que añadir las aportaciones del positivismo y la ruptura. A este positivismo hay que enfrentar las aportaciones del enfoque historicista. De hecho, las escuelas de Baden y Marburgo han orientado sus aplicaciones en el ámbito material y cultural, al igual de los historicistas y los enfoques formales y materiales de la ciencia o los historicistas sobre las ciencias naturales y culturales. Sin volver a reiterar las evoluciones del siglo XX hubo toda una determinación sobre el alcance y desarrollo de la ciencia, que incorpora los avances de la filosofía, la historia, la lengua, las matemáticas, la estadística o la informática, la ciencia camina con definición propia al lado de otras formas de saber, empleando una lógica de averiguación, abordaje y aplicación.

Igualmente, el desarrollo de la ciencia del derecho se materializa en el objeto, en el método, en los sujetos (sean activos,-pasivos, institucionales o complementarios), que se evidencian en: 1) la observación; 2) la experimentación; 3) la generalización; 4) la evidencia experimental o empírica; 5) la neutralidad; 6) la objetividad; 7) la aplicación; 8) resultados con consecuencias y efectos. Es a través de esta aplicación como se delimita los siguientes elementos: la determinación del objeto y su problemática, donde aparecen los enfoques gnoseológicos e hipotéticos, así como las tipificaciones y representaciones; la determinación del universo, tanto de los sujetos y actores – activos/pasivos/institucionales; hay, igualmente la aplicación de una mecánica normativa, que viene delimitada por el sistema normativo, que afecta, influye e incide en la vida social. Ese sistema normativo es fuente, es soporte y es referencia de la vida jurídica.

El Estado ha marcado un rumbo propio en su evolución: se ha pasado del Estado liberal de derecho, al Estado social de derecho y, posteriormente, al Estado del bienestar. La sociedad es objeto, objetivo y resultado, por lo que es sujeto (agente y paciente) y objeto, es proyección y reflejo, y, en consecuencia, es proceso y resultado en donde se produce todo el discurrir de los objetivos, metas y finalidades que persigue y busca el poder.

El Estado configura y determina desde el saber institucionalizado las funciones, los fines y los desarrollos de la sociedad y los individuos. El proceso de institucionalización conlleva la instrumentalización de bienes y recursos y, dentro del principio de legalidad y de la normación el desarrollo normativo institucionalizado de la imperatividad de la ley o, lo que es lo mismo, el ius puniendi. El Estado es el que delimita y define la ley y su aplicación y ejecución.

El mercado y la economía conforman la realidad existencial de las dialécticas: necesidad/satisfacción, aspiración/logro y la construcción social del deseo/cumplimiento. La economía nos da la posibilidad real simbólica de respuestas a las expectativas y desarrollo vitales. La ordenación, jerarquización y delimitación de los recursos, bienes y servicios se enmarcan en la sociedad y afectan directamente al individuo.

El individuo es el hacedor, el constructor y el realizador de la vida, que ha sido objeto de estudio desde la filosofía, la antropología, economía, la sociología, la política, la moral..., y el derecho, donde podemos individualizarlos siguientes elementos: 1) las acciones de los individuos; 2) los fines perseguidos; 3) los contextos de realización o, lo que es lo mismo la legitimidad y la legitimación. Todos estos referentes delatan dos grandes marcos con relación a la intersubjetividad y a la vida humana colectiva: 1) los derechos, 2) los deberes, 3) las obligaciones, 4) la responsabilidad y 5) la vinculación. En ese sentido, hay que destacar todo el desarrollo de dos ámbitos: a) la conciencia con el desarrollo de los ideales de vida, los bienes intrínsecos, el bien general, el deber, las reglas y estilos de vida, la justicia<sup>24</sup>, etc.

## 1.2.-Ius poenale y ius puniendi

Al tratar de la ciencia del derecho hay que destacar que no hay nada oculto ni misterioso detrás del mismo, No existe mente que vaya más allá en el planteamiento científico que plantearlo como <ámbito fenoménico> con dimensiones abstractas y concretas, públicas y privadas, individuales y colectivas y subjetivas y objetivas. El derecho nos sitúa ante un orden normativo social.

Antes de describir el ius poenale y el ius puniendi hay que establecer el marco de referencia de la ciencia del derecho conectada con la naturaleza de la misma. En ese sentido es indispensable acudir a dos referencias: 1) al conocimiento; 2) a las categorías mentales o categorías consagradas por la doctrina.

---

<sup>24</sup> Hospers, J. *La conducta humana*. Tecnos. Madrid. 1964

El acercamiento científico al derecho en general y al derecho penal en particular nos lleva a detectar las fuentes, el origen la naturaleza, las causas, el soporte, los motivos y los fines.

Para entender, comprender y explicar el desarrollo científico del derecho penal es necesario delimitar el objeto de estudio: el derecho penal, que posee unas condiciones y unos principios propios, aunque otros están compartidos, como es el caso del mandato/prohibición (véase el derecho administrativo, fiscal, mercantil, etc.)

A los efectos de clarificación es significativo los enfoques de determinados autores que nos sirven de referencia para adentrarnos en el derecho penal:

- 1.- El encuadre “Normativista” de Kelsen y su visión de norma/acto. Es decir, involucra voluntad y pensamiento<sup>25</sup>.
- 2.- El “Imperativismo de Carnelutti donde se destaca el interés, la individualidad y el conflicto. En ese sentido, la regla es básica como fenómeno jurídico. El derecho es un sistema de mandatos concretos y abstractos establecidos para asegurar el orden<sup>26</sup>
- 3.- El “Institucionalismo” y el “orden social” de Santi Romano. El derecho queda vinculado y la sociedad dispone de un orden social y un orden jurídico<sup>27</sup>
- 4.- El “Egologismo” o la norma como concepto de Cossio. El planteamiento es que las normas jurídicas sólo son conceptos de conducta
- 5.- La “Necesidad social” de Guasp y con ella la coactividad<sup>28</sup>

El sistema normativo refleja lo que entendemos por derecho, que es un principio unificador de la vida en sociedad. El vivir juntos implica la aceptación de unas normas y valores. El individuo, que viene connotado por la <corporeidad>, por la <historicidad> y por la <intersubjetividad>, que incorpora la “animalidad”, la “humanidad” y la “personalidad”.

En estas coordenadas el análisis de la sociedad, el derecho y la historia nos van a ofrecer las variables que se han ido aplicando, donde hay que incorporar la economía y la política o el desarrollo del poder. En ese sentido se aprecian las diferencias de espacio y tiempo, así como la realización y materialización del valor. En ese marco aparece la tradición (tradere) y la costumbre que reflejan una historicidad del derecho o normativa.

En el estudio de esta realidad normativa de la sociedad se ha producido el encuadre explicativo del derecho natural, entendido como principio universal recogido por el iusnaturalismo racionalista, que reciben las coordenadas del escolasticismo y las aportaciones de Hugo Grocio o de Puffendorf, por el historicismo o por el apriorismo o abstraccionismo, todo ello frente al positivismo, que es empírico, determinado y busca leyes aplicadas al caso, que dio paso al positivismo jurídico.

---

<sup>25</sup> Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. UNAM. México. 1981.15; Igualmente, Kelsen, H. *El Estado como integración*. Una controversia de principio. Tecnos 2ª ed. Madrid. 2009. 39

<sup>26</sup> Carnelutti, F y Modereo Pérez, J.L *Teoría general del derecho*. Comares. Granada. 2003. 31

<sup>27</sup> Santi Romano. “*El Estado moderno y su crisis*” en Revista de Derecho Constitucional europeo. Nº15 Instituto Andaluz de Administración Pública. 2011

<sup>28</sup> Guasp, J. *Derecho*. Madrid.1971. 373

A partir de aquí se desarrolla desde el siglo XVIII y XIX enfoques desde el derecho y la historia, donde se puede encontrar posiciones que van desde el abstraccionismo jurídico, el individualismo jurídico, el colectivismo o el simple conflicto en la distribución y uso del poder.

Los tránsitos del ancien régime a la modernidad; el ocaso del derecho “represivo” al derecho “restitutivo”; el derrumbe del derecho divino de los reyes y la irrupción del estado de derecho. Todo ello refleja y proyecta toda una configuración para el Estado, para el mercado, para la sociedad y para el individuo.

La revolución francesa ha enmarcado el salto cualitativo que afecta al individuo, al mercado, a la sociedad y al Estado, que es personificado (persona jurídica) y que, igualmente, siguiendo la perspectiva de Hegel, ese Estado se configura y conforma como el detentador del poder. Ese Estado de derecho se fundamenta en seis pilares: la supremacía de la ley o el principio de legalidad; la división de poderes (no en el sentido de Locke, sino de Montesquieu); la institucionalización de la Administración o dicho de otra forma, la conformación del Estado con personalidad jurídica, donde se entrelazan funcionalmente los “entes” y los “órganos”. El estado de derecho está fundado en la concepción legal-racional de la legitimidad

La vida individual-particular y la vida colectiva está enmarcada normativamente y, en consecuencia, la legitimidad de las acciones presentan una naturaleza propia: *secundum legem*, *extra legem* y *contra legem*. Es el grupo social el que legitima o deslegitima los comportamientos en función de normas y valores, que encuentran su una respuesta objetiva y subjetiva. Es el poder quien establece la respuesta.

El Derecho, norma agendi, o marco normativo se convierte en el principio unificador de la vida en sociedad. Es obvio que hay diferentes matizaciones, justificaciones, doctrinas, fundamentaciones, teorías e ideologías sobre el derecho y el Estado, pero todas recalcan unos puntos de referencia: la generación de las normas; la autoridad; la fuente; la función y el funcionamiento, que se expresa en el derecho objetivo, que es el legal y, en consecuencia, vinculante.

La integración del Estado, el mercado, la sociedad y el individuo supone comprender al sistema y sus partes. Es en ese marco cuándo y cómo se desarrollan las acciones, las causas, los fines y las funciones. Es en ese ámbito donde tenemos que situar el Derecho –su idealidad, su normatividad y su operatividad–.

El derecho en el Estado moderno se centra en la perspectiva social, que presenta múltiples facetas y frentes. En ese sentido, lo social, siguiendo a Hannah Arendt en “La condición humana” incorpora lo público (publicidad), lo privado (privacidad), lo íntimo (intimidad) y el secreto –que son firmas de interacción social como describe Simmel– pero que se combinan con los actores en el espacio social: Estado, mercado, sociedad e individuo. De ahí el avance de los encuadres científicos, entre ellos las ciencias normativas.

Pese a que el Estado es una abstracción. El elemento fundamental del Estado es el poder. De hecho, el monopolio de la violencia, descrito por M. Weber en “Economía y sociedad”, refleja el alcance y el significado del poder legal, de la entidad y del

funcionamiento. Sólo el Estado puede crear el derecho, tiene el monopolio de la creación del derecho. En ese sentido hay que situar los fines del derecho, las fuentes del derecho, la aplicación del derecho, etc. De hecho, encarna el Estado la unidad y la permanencia

Por todo ello, el planteamiento jurídico abarca actos, situaciones, normas y aplicaciones. En ese sentido, hay que destacar las normas jurídicas, que van a marcar órdenes, prohibiciones y sanciones. Las normas van autorizar, cancelar o describir. En ese marco, las normas de un Estado vienen connotadas por la imperatividad, por la sanción y por la instrumentalidad. Es que el derecho, en general, se circunscribe a las normas de conducta obligatorias en una comunidad respaldada por mecanismos de coacción socialmente organizados<sup>29</sup>.

En ese plano, tanto desde la dimensión abstracta, como en su aplicación concreta, dentro de un territorio determinado, a una población específica y con una organización concreta, se desarrolla el derecho o normación del Estado. Es aquí como se plantean, proyectan y reflejan los derechos “subjetivos”, que son situaciones de poder concreto que la ley ampara a través de los derechos “objetivos”, que el Estado limita y concede

El Derecho penal se configura como la parte del derecho o del ordenamiento jurídico por el que el Estado ejerce el <ius puniendi> y que está integrado por un conjunto de normas que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. Es decir, en sentido subjetivo el derecho penal es el derecho de castigar –ius puniendi-, es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos –delitos- con penas y, en el caso de su comisión a imponerlas y ejecutarlas. Por otra parte, el derecho penal en sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas.

### 1.3.-Precepto y sanción: ordenación de las conductas

La evolución del derecho se enmarca dentro del plano relacional del Estado de derecho, donde la ley, principio de legalidad marca el límite y regula la vida individual y colectiva. Es evidente que hay toda una historia en la definición de la ley, del orden. Así el derecho natural y, luego, el historicismo, da unas coordenadas frente al positivismo. Así mismo, al establecerse construcciones del derecho se van a ir perfilando matices, que supera el “sentido metafísico” para adentrarse en el “sentido científico”, que ofertan las distintas ciencias, las causalistas, las funcionales, las experimentales hasta las normativas (que desde la vida del derecho penal se encaminan y acentúan la causa o el fin).

Desde la perspectiva normativa, desde la dimensión gnoseológica y epistemológica se han desarrollado aspectos o criterios que se enraízan ya en la historia, como el Digesto, que diferenciaba lo justo del conocimiento de las leyes, pero que amplían el campo u horizonte de percepción y de operatividad. Así se va configurando los hechos sociales

---

<sup>29</sup> Ángel Latorre, A. *Introducción al derecho*. Ariel. Barcelona. 1968.7

en donde se general las normas; las autoridades, el acto jurídico y las normas del derecho.

Las normas son y se entienden como el derecho objetivo o normatividad, que se completa con la aplicación y disfrute o plano subjetivo de la norma.. El planteamiento metafísico, tal como plantea Kant, nos presenta el derecho como el conjunto de limitaciones de la libertad. Es decir, influye, afecta e incide directamente a la vida individual y a su realización social.

El derecho tiene unas fuentes materiales y formales y se presenta como sistema social integrado,, que implica un uso lógico de hechos-normas-aplicación, lo cual hace configurar al derecho desde unos principios que sirven de retroalimentación y afirmación del grupo y del Estado:

- Normatividad
- Validez
- Seguridad
- Voluntariedad
- Coactividad
- Legalidad

De esta forma, el Derecho y su evolución como ciencia y como objeto de conocimiento científico se presenta como una unidad lógica del ordenamiento, que implica precepto y sanción.

El precepto implica la existencia de un orden social, una jerarquización y una aplicación y, en ese sentido, el precepto es la orden o mandato dado por el sistema social-legal, que conlleva el uso y aplicación de leyes y normas. Nuestro sistema democrático ha desarrollado el principio de legalidad y todas las realizaciones de la vida deben encajar en dicho planteamiento

El precepto se complementa con la sanción ( de sancire, consagrar), que viene a ser la aprobación o legitimación dada a cualquier acto, uso o hecho. Indudablemente, la sanción conlleva una apreciación doble, la que se encamina en la normalidad y la que conlleva otros aditamentos, sea de premio o de castigo. En ese sentido, y de forma general hay que señalar que el cumplimiento de las normas jurídicas, que reglan los actos humanos no está sometido a la libre voluntad de los individuos sino que, por el contrario las diversas sociedades se han servido de la sanción como medio para obligar a los hombres a respetar el orden jurídico. La imposición de sanción y la coercibilidad ha sido un tema constante en la valoración jurídica. Basta observar que para Del Vecchio, que afirma la consustancialidad de la sanción, o Jhiring que considera que una regla de derecho desprovista de coacción es un contrasentido. Sin embargo, y por contraposición hay autores como Ahrens y otros que han mantenido que siendo la norma jurídica observada, normalmente, de modo espontáneo, la coacción no es más que una excepción del modo normal de ser el ordenamiento jurídico, y que, por tanto, el derecho debe poder concebirse con independencia de la sanción, y han puesto de manifiesto que esta es incapaz de restablecer el orden violado.

Sin embargo esta visión induce a confusión y nos adentra en nuevos límites entre el derecho y la moral. En la realidad sanción y derecho son inseparables. Es evidente que



hubo múltiples reflexiones según los estatutos y lógicas de abarcabilidad, pero, la realidad nos sitúa en la aplicación y vigencia del derecho y, en consecuencia, la sanción.

Desde la perspectiva del derecho el debate se centra en la persona o sujeto del derecho, la personalidad jurídica y capacidad, las personas físicas y jurídicas, que se centra en el derecho objetivo de la norma y en el derecho subjetivo, donde aparece la naturalidad, que es una construcción social, que se completa con la teoría de la voluntad, la teoría del interés y la teoría de la posición jurídica. Todo ello desemboca en contenidos, cuyos encuadres pueden ser absolutos y relativos; públicos o privados; personales o reales; basados en la libertad o simple pretensión.

En este marco hay que apreciar el deber jurídico, lo cual marca y delimita los efectos del incumplimiento del derecho y, por supuesto la sanción, que en nuestro ámbito de estudio se usa la pena o medidas. El derecho penal forma parte del ordenamiento, pero posee una características especiales, lo cual determinan el continente y el contenido o naturaleza del derecho penal, que abarca al plano subjetivo, al plano objetivo y al plano sistemático, lo cual sitúa al derecho penal como una parte especial, aplicada y determinante para los individuos, el mercado, la sociedad y el propio Estado.

El nuevo orden social de la modernidad se fundamenta en el sistema democrático y en el Estado de Derecho, que vuelve a definir el derecho penal. Un derecho que tiene una especial relación con la criminología, pero que se ha desarrollado de forma autonoma.

Al revisar la ciencia penal del tránsito del ancien regimen a la modernidad de la Ilustración hay las aportaciones significativas de Feijoo, de Jovellanos, de Lardizabal, de los correccionalistas, de Ramón de la Sagra, de Concepción Arenal...hasta el desarrollo de la codificación penal en España, que abarca las tentativas del antiguo régimen , pasando por el primer código de 1832, que a partir de ahí hubo todo un replanteamiento y puesta al día en los diferentes proyectos y códigos que se han sucedido hasta la última reforma de 2015.

El derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico y se fundamenta en que toda sanción penal ha de tener por base una infracción del derecho y que ha de producir efectos irreparables. De ahí que la abarcabilidad del derecho penal alcanza al derecho de personas y la corrección; al derecho de cosas y el delito (y las faltas), lo cual nos introduce en unos elementos objetivos:

- La acción
- La antijuridicidad
- La culpabilidad
- La punibilidad

Esta acción y la responsabilidad, el iter criminis, revisa la participación (encubrimiento, complicidad y la autoría), la ejecución (consumación, frustración y tentativa) y la preparación (conspiración, provocación y proposición). El delito y el crimen representa una infracción a la ley y la construcción y representación de la misma ha tenido variados frentes de análisis, donde los argumentos históricos, metafísicos y éticos acompañaban a los jurídicos. En ese sentido aparece la delincuencia, que Garofalo diferenciaba entre: 1) delincuencia natural y 2) delincuencia artificial. Igualmente está el enfoque de A. Feuerbach, que consideraba que el delito vulneraba un derecho subjetivo y que la falta vulneraba un derecho objetivo.

El derecho penal va consolidando su vigencia y eficacia. Es una fuente material, mediata, formal e inmediata de la vida jurídica. En ese sentido la dogmática jurídica ha ido apreciando la ley penal y las personas, la ley penal en el tiempo (el nacimiento, vigencia y derogación, la irretroactividad y los beneficios para el reo), la ley penal en el espacio y la validez ( la territorialidad, la personalidad y la protección<sup>30</sup>), así como la interpretación .

Igualmente la infracción conllevaba el derecho de obligaciones, contratos y la pena. De hecho los delitos pueden producirse delitos contra el particular, contra la sociedad o contra el Estado. Todo ello completado por el derecho de responsabilidades, penitenciaria y redención.

El derecho penal reafirma la unidad normativa y refuerza la identidad y la pertenencia aglutinando al Estado, al mercado, a la sociedad y al individuo. La modernidad ha reforzado la idea del Estado y, en consecuencia, la soberanía. Es el Estado soberano el que se autodelimita y determina las acciones de sus miembros. El mundo de las relaciones y el mundo de las cosas tienen una visibilización y un reconocimiento. La sociedad como grupo legitima a través del valor de Estado de derecho y la democracia un sistema propio, que en la postmodernidad empezó a replantearse y se habla de la justicia global, de los tribunales supranacionales, etc. Pero es el individuo –dejando atrás la evolución de <hombre>, <persona>, <sujeto> e <individuo>- para situarnos en la persona (física y jurídica) como sujetos del derecho.

---

<sup>30</sup> A. Quintano Ripollés, A. *Curso de Derecho Penal*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.1963. 46

## 2.- DE LA IDEALICIDAD DE LA NORMA A LA NORMATIVIDAD DE LA LEY PENAL

Desde la descripción del derecho hubo distintas apreciaciones y criterios y, entre otros aparece el que señala Reale, la idealidad, la normatividad y la operatividad del derecho. Es decir, se traslada la idea de forma, de marco y de orden que posee la norma. La realidad del corpus y animus. La dimensión abstracta y concreta. Lo posible y lo probable en la vigencia y uso. La norma es referencia, es sostenimiento y es definición, de ahí, las exigencias mínimas en la elaboración y proclamación.

El derecho penal ha tenido un cultivo permanente institucionalmente con un encuadre gnoseológico y epistemológico. Hay referentes y referencias que configuran unas evoluciones significativas desde enfoque naturales, históricos y filosóficos plasmados en el plano institucional, tanto teórica como práctica, tanto abstracta como empírica, tanto nominal como aplicada y el poder judicial ha refrendado institucionalmente todo un planteamiento y una realización. Hay todo un corpus doctrinal del derecho penal y de la ciencia del derecho penal. En ese sentido, el derecho penal es a la vez: 1) el conjunto de normas del ordenamiento punitivo y 2) la disciplina científica para el conocimiento de esas normas.

El derecho penal forma parte de la vida social y su realidad aplicada. En ese plano podemos señalar que: a) toma parte de la Administración de Justicia, b) forma parte del sistema normativo y, en consecuencia, es sistémico y, c) a su vez, es objeto de opinión y crítica. Pero, todo ello, en varios planos, ya que afecta y conexas directamente al individuo, la sociedad, el mercado y el Estado.

La reflexión, el análisis y la emergencia de su aplicación conllevan al estudio de la ley y del ordenamiento, donde las corrientes del derecho natural se contraponen con las orientaciones positivistas a las que se contraponen a las orientaciones historicistas. Es el momento en que el desarrollo del saber científico se contrapone al saber filosófico. Durante los siglos XVIII y XIX se han desarrollado <lógicas científicas> y <lógicas de investigación> sobre los ámbitos subjetivos, los ámbitos objetivos y los ámbitos de actividad en concreto del lugar, del tiempo y de la forma.

Las referencias y los antecedentes se enmarcan como modelos de aplicación: el natural, el histórico de Savigny, el positivista, el heurístico, los sistemáticos, los seguidores de la doctrina de la institución jurídica, la dogmática organicista, las corrientes reformadoras, la jurisprudencia productiva, el pragmatismo, los seguidores de la construcción jurídica, etc. El siglo XX se enfrenta a una configuración y realización donde hay un corpus determinado con referencias y referentes, donde hay la ley y el principio de legalidad y el legislador y la elaboración de las leyes.

El derecho penal como área especial del derecho y con aplicación científica se adentra en el continente y contenido del ordenamiento, centrándose en el infractor y en el delito. También en la parte física y psíquica de la acción y el resultado. Pero, además, se adentra en el delito, en la normativa, en los valores y el deber ser y abarca a la pena.

De esta forma, el derecho penal tiene una naturaleza doble: a) normativa y b) empírica. Pero, al centrarse en la <acción>, tiene un objeto a su vez doble: a) normativo y b) real.. Al hablar del método (meta-odos: camino que nos lleva a un fin) hay que señalar que es

deductivo, fáctico, empírico, autorepresentable donde la <observación>, la <experimentación>, la <verificación> la <aplicabilidad metodológica asumida en procedimientos que llegan a su fin, nos sitúan ante algo más que la mecánica de la subsunción del hecho a la norma, sino que nos adentra en el plano de los significados y de los efectos de las acciones.

A lo largo del siglo XX hubo un desarrollo sistemático y paulatino del derecho penal que queda reflejado en tendencias, escuelas y adscripciones individuales e institucionales, que proyectaban un rasgo de complicación con las ideologías al plasmar unas interpretaciones determinadas sobre el orden social imperante, y que pudo ser presentado como doctrina, como teoría o como fundamento.

El derecho se presenta en la vida y es producto de la vida humana y social y, en ese sentido, representa una forma de organización, una forma de estructuración y una forma de funcionalidad de los grupos sociales. La vida humana no es posible entenderla sin la presencia y vinculación a normas, forma parte de la experiencia humana, que cuando se estructura como poder y desde el poder, cuando se vincula a las relaciones con deberes, obligaciones y responsabilidades nos situamos ante el mundo del derecho, que se plasma en el lenguaje, la ley, el lenguaje jurídico, que se presenta como objetivo y con vigencia y con contenidos. Es evidente la pluridimensionalidad de lo jurídico, en todas las diferentes sistematizaciones y encuadres (positivismo jurídico, formalismo, realismo jurídico...), pero su realidad se plasma en la <validez>, ya que legitima acciones, y que se dimensiona en el plano formal, social y ético.

La relación entre organización social y sistema normativo es permanente, ya que, pese a los cambios, forma parte de la dimensión social de la vida humana y forma parte de la organización social. Pero, ¿quién crea el derecho? ¿la sociedad? ¿el individuo? ¿el mercado? ¿o el Estado?. De hecho, los encuadres y marcos conceptuales y epistemológicos nos van presentando diferentes comprensiones y explicaciones desde la economía, la moral, la ética, la sociología, la antropología... y la política y, de esta manera, se repasa la capacidad, la facultad y la atribución, la legitimidad y la legitimación, la conducta y el comportamiento, los usos y costumbres, el poder y el deber, el ser y el deber ser., etc.

La vida social y la intersubjetividad jurídica forman parte de la realización de la vida con el Estado y el derecho<sup>31</sup>, que es una forma de la libertad de la vida social, donde se delimitan conductas, donde hay un sistema sanciones institucionales administradas por la Administración pública

El desarrollo de la democracia y todo el significado del Estado de derecho abren definitivamente todo el marco de las distintas ramas del derecho y, de hecho, hubo una construcción del derecho en cada uno de los Estados de nuestro contexto. En ese sentido, a efectos de síntesis y de referencia, basta observar las aportaciones de García Maynez, M. Reale o Bobbio (En España hay que ver que la Ley de 29 de julio de 1943 sobre Ordenación de la Universidad española -BOE de 31-7-1943 -, en su artículo 15 establece las siguientes Facultades: 1) Filosofía y Letras; 2) Ciencias; 3) Derecho; 4) Medicina; 5) Farmacia; 6) Ciencias Políticas y Económicas; y 7) Veterinaria). A partir de ahí, se han establecido formalmente el encauzamiento y formalidad de las distintas

---

<sup>31</sup> Sánchez de la Torre, A. *Introducción al derecho*. Un. Complutense. Madrid. 1991. 60

ciencias controladas desde el poder, aunque hubo interacción, transgresión y canalización de información y corrientes de saber. Así, en nuestro contexto, hay que señalar nuevas orientaciones del derecho. En el ámbito del derecho penal se venían recogiendo los planteamientos de Cuello Calón<sup>32</sup>. Posteriormente, dentro del derecho y con la incorporación de las distintas corrientes, aparecen en la teoría del derecho obras, como las de Elías Díaz (“Sociología y filosofía del derecho”), J.M. Rodríguez Paniagua (“Derecho y ley”) o A. Pérez Luño (“Lecciones de filosofía del derecho”), que son aportaciones sincréticas y que no representan concepciones dignas de significación ni para la doctrina ni para la teoría del derecho en general, pero reflejaban otras ópticas de referencia, sin más pretensiones que ser simples presentaciones ensayística. En el derecho penal aparecen las obras de Cuello Calón, Antón Oneca, Sainz Cantero; Quintano Ripollés, del Rosal. o Rodríguez Devesa, que realizan una demarcación del continente y del contenido del derecho penal que antes de la guerra civil tenía como cultivadores a Quintiliano Saldaña o Jiménez de Asúa entre otros.

Los principios, las reglas, las normas y las leyes forman parte de la realización individual y social, que se plasma en situaciones, actos, relaciones e instituciones

Frente al orden social aparecen contradicciones con un nuevo escenario enmarcado por la licitud/ilicitud, la responsabilidad y la sanción. Desde la perspectiva del derecho penal aparece el deber jurídico, la relación jurídica, la antijuridicidad y la ilicitud y la sanción jurídica o castigo.

Para entender el carácter imperativo de la norma jurídica hay que partir de principios: personalidad-territorialidad-organización-orden social-plenitud-coherencia, y, desde esa perspectiva, hay un anclaje de las acciones y de los resultados. Es decir, se integran función y finalidad de la norma. Es, desde ahí, cómo hay que entender la eficacia del derecho, su estructura y su sistematización. En ese sentido, el derecho cumple unas funciones básicas en la sociedad: 1) función de integración y control; 2) función de orientación social; 3) función de tratamiento y resolución de conflictos; 4) y función de legitimación del poder<sup>33</sup>.

La función y finalidad de la normas jurídicas se realizan en la organización y en el comportamiento, lo cual presenta la vida jurídica en su conjunto, donde aparece la vigencia normativa, la explicación y definición de lo ordenado, la aplicación y los efectos y consecuencias de las acciones. En definitiva, nos encontramos en una integración sistémica de las normas jurídicas.

Estas normas jurídicas tienen unas características determinadas que dan fijeza e identidad a la vida social:

- Validez formal
- Obligatoriedad
- Coactividad
- Legalidad
- Objetividad
- Imperatividad
- Generalidad
- Seguridad

---

<sup>32</sup> Cuello Calón, E.. *Derecho penal*. Barcelona. 1940

<sup>33</sup> Castro Cid , B. *Manual de teoría del derecho*. Universitas. Madrid. 2004. 20

## -Justicia

A nivel general el derecho es un sistema normativo y, desde la teoría del derecho, hay toda una demarcación conceptual, donde aparece la naturaleza organizativa, el orden social y la integración social. En ese sentido, se reafirma como función del derecho "la regulación social"<sup>34</sup>. Hay una conjunción o integración perfecta entre la ley-el derecho-y los valores sociales. Los derechos nos adentran en las regulaciones, siendo el derecho un sistema de normas, donde queda establecida una jerarquización, una autoridad, un poder y una fuerza, lo cual amplía la aplicación del derecho en la sociedad.

La modernidad, rompiendo con el ancien régime, ha conformado una forma de <entendimiento>, como ponen de relieve los ilustrados ingleses, que es seguido por los alemanes y franceses, que abren nuevas coordenadas a la <comprensión> y a la <explicación>. De esta forma, el "individuo" –el <buen salvaje> de Rousseau y Marx o de los románticos e idealistas alemanes- abre un nuevo ciclo de individualidad y de individuación, siendo actor de su propia historia e interactuando con el resto; el "mercado" y su comportamiento <natural> y la supuesta presencia de la <mano invisible> de Adam Smith reabren un horizonte de leyes lógicas de actuación, que someten y condicionan los comportamientos de los individuos haciendo efectos en la "necesidad" y "capacidad" de cada quien, que afirman acciones y efectos, voluntad y objetivos, uso de medios y fines; la sociedad presenta –como afirma Comte- una estática social o estructura y una dinámica social o cambio<sup>35</sup>, es decir un escenario y unos actores que presentan unas interacciones o formas de interactuar<sup>36</sup>, que reabren las responsabilidades, los derechos, las obligaciones y los deberes, es decir, la sociedad opera legitimando esas actuaciones; y, del mismo modo aparece el "Estado", que ha evolucionado desde el Estado liberal de derecho, el Estado social de derecho hasta el Estado del bienestar. Pero es desde el Estado donde encuentra el derecho penal su ubicuidad, ya que la creación del derecho penal, su elaboración es reflejo y proyección del Estado.

El tránsito del Antiguo Régimen a la actualidad refleja ámbitos, aspectos y circunstancias, donde el derecho va dando respuestas acordes con todos los estados que la evolución presenta. En ese sentido, la irrupción del positivismo y el desarrollo de la Escuela histórica, las consecuencias y efectos del iluminismo kantiano, el desarrollo del formalismo, los neotomismos...etc, van dando respuestas que afectan a las distintas dogmáticas del derecho en general –o formas de interpretación- y, en especial, al derecho penal. Pero, todo ello bajo un nuevo marco: al plano filosófico hay que unir el plano científico, ya que el desarrollo de las ciencias va dejando sus consecuencias y aplicaciones

El derecho penal va incorporando aspectos "normativos" con sus dogmáticas jurídicas y políticas criminales, y aspectos "causales", donde se desarrolla la criminología. Hay una doble perspectiva: la dogmática y su sistema de derecho positivo y, también, la política criminal<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Finch, H. *Introducción a la teoría del derecho*. Labor. Barcelona. 1977. 42

<sup>35</sup> Comte, A. *Lecciones de Filosofía positiva*. Alianza. Madrid. 1982.31

<sup>36</sup> Simmel, G. *Filosofía del dinero*. Ed. Nacional. Madrid. 1980

<sup>37</sup> Oneca, A. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid. 1949. 43

El desarrollo de la ciencia, en todos esos campos, abre nuevas dimensiones para la aplicación, la crítica y la extensión del derecho penal. De hecho, por ciencia de derecho penal tiene por objeto y problema el orden y la ruptura, el sistema jurídico y el ordenamiento. Pero, además, se entiende por derecho penal la disciplina que tiene por objeto de estudio el ordenamiento penal positivo<sup>38</sup>.

El estudio específico ha tenido seguimiento en toda Europa, aunque se destaca fundamentalmente el caso alemán, aunque su análisis se amplía de forma general, abriendo nuevos horizontes y perspectivas<sup>39</sup>.

La institucionalización del derecho penal en sus planos teóricos y prácticos, empíricos y especulativos, fácticos e ideáticos, va ensanchando y delimitando perfectamente los dos campos: 1) la dogmática jurídico-penal y 2) la política criminal. De manera que, desde la irrupción del Estado moderno y la modernidad de la sociedad, hay una consolidación del derecho penal con naturaleza y delimitación propia y definida dentro del mundo del derecho y del ordenamiento jurídico

Esos dos campos han tenido un desarrollo significativo y, desde la epistemología jurídica o ciencia del derecho, se van abriendo nuevos interrogantes y respuestas, que inciden e interactúan en el desarrollo del Estado y sus funciones, en el tráfico del mercado en todas sus direcciones, en la sociedad y en el individuo. Hay, en ello, un proceso de socialización cualitativo y diferenciado.

En la modernidad hubo una adecuación, un cultivo y un cuidado específico con el derecho y se han desarrollado escuelas entre el clasicismo y el positivismo en los diferentes Estados, dando aparición a nuevas tendencias. Hay un enriquecimiento y una acumulatividad del saber perfectamente demostrable. Es decir, desde la perspectiva histórica hay signos, señales, indicios, símbolos que estudian las conductas y los ordenamientos jurídicos. De esta forma, se constatan las fuentes del derecho penal materiales o mediatas y formales o inmediatas, los referentes o hechos, las referencias o las racionalidades sustantivas y funcionales de aplicación, por lo cual aparecen en ese escaparate histórico tres grandes manifestaciones: 1) la doctrina; 2) la teoría; y 3) las fundamentaciones.

De la <realidad legal> y de la <aplicación de hechos>, se pasa y se amplía el campo a la <interpretación> y, en ese escenario aparece una de las realidades significativas desde la ciencia del derecho y la seguridad jurídica: <la certeza>. En ese sentido, se enmarca la relación entre el derecho y la justicia. Esa certeza es una de las características del <conocimiento científico> frente al criterio de verdad del <pensamiento filosófico>. Desde ese marco de la certeza se adentra a la realización del ordenamiento y, es significativo la certeza criminal, la certeza legal, por lo que hay todo un desarrollo procesal y lógico para indagar y buscar los hechos, por lo que sobresalen métodos y técnicas que se utilizan en el resto de las ciencias.

---

<sup>38</sup> En la doctrina hay múltiples explicaciones de todo este proceso y fenómeno. Entre los que se detienen en este aspecto podemos citar en la doctrina española a Juan del Rosal. Cobo y Mourullo, *Nuevo sentido del derecho penal*. Valladolid. 1942. 15; Stampa Braun, J.M.<sup>a</sup> *Introducción a la ciencia del derecho penal*. Valladolid. 1953; o a Sainz Cantero, J.A. *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Bosch. Barcelona. 1970

<sup>39</sup> Roxin, C. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Bosch. Barcelona. 1973. 20; y Jescheck, H.H. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 1973

Desde la perspectiva del derecho penal uno de los medios y soportes para indagar la certeza es cuestionarse dos cosas: la presunción y la hipótesis. De ahí hay toda una construcción fáctica, teórico-práctica, empírica, formal y autorreferencial, donde se trabaja desde la verosimilitud. Por ello y para ello hay la ida a las pruebas en general y en especial, formales y esenciales, internas y externas, directas e indirectas, positivas y negativas, simples y compuestas, inmediatas y mediatas, personales y reales. De esas pruebas se pasa a la inculpación, al descargo, a las dimensiones objetivas y subjetivas, a las intencionales y de ejecución, a las principales y accesorias.

La prueba y su complejidad es tarea a interpretar desde el derecho penal, donde hay signos, hay indicios, que indican la capacidad, el móvil, la oportunidad, etc.

La construcción de la certeza jurídica es un factor cualitativo en la seguridad, en el orden social y en la paz de un Estado, que ha tenido un especial tratamiento<sup>40</sup>.

El orden social está frente a la infracción, por lo cual el derecho penal se va configurando desde la infracción y la realidad de unos elementos jurídicos reales y personales. La acción es el primer elemento jurídico del delito, donde hay significativas aportaciones de las doctrinas naturalistas, causalistas y finalistas. La acción se contextualiza, ya que hay precedentes, causas, móviles y, desde ahí, aparece la mera acción, la actividad y el resultado. En este marco hay que situar el peso específico de las ciencias normativas frente a las ciencias humanas (psicología, sociología y economía).

La acción puede ser analizada desde las ciencias normativas desde la perspectiva estática o desde la perspectiva dinámica, donde está la preparación (conspiración, proposición y provocación), donde encontramos momentos ejecutivos (tentativa, frustración, el desistimiento) o la consumación, que conlleva una infracción del <bien jurídico>, que trata de ser amparados desde el Estado

El Individuo y el Estado aparecen como actores cualitativos y significativos en el derecho penal y la ciencia se adentra con un tratamiento lógico en la abarcabilidad del fenómeno criminal.

En la modernidad los actores sociales –individuo, Estado, mercado y sociedad- tienen nuevas situaciones y papeles. Visibilizan su identidad en la construcción y aplicación de principios determinados, abstractos, generales y aplicables a la realidad concreta, especial y común. De hecho, todo queda amparado por la ley, que se encuentra por encima de todo. La sociedad y el mercado se adaptan y se ajustan a las nuevas realidades de vida.

El derecho penal va ajustándose a las nuevas demandas que le requiere el individuo, la sociedad, el mercado y el Estado. Hay una evolución y ajuste a los cambios que son presentados de diferentes maneras según los posicionamientos ideáticos, ideológicos y doctrinales que se iban produciendo, que, generalmente, es presentado como conquista social, aunque afecta a un plano de la civilización –frente a la cultura-.

---

<sup>40</sup> Ellero, P. *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*. Ed. Reus. Madrid. La traducción es de Adolfo Posada. 1944..18



En esa evolución hay unos signos cualitativos en la modernidad, que la situamos en los finales del siglo XVIII. Aquí hay múltiples y diferenciados estudios y análisis históricos que recalcan los escenarios referenciales de ideas y de racionalidades, que legitiman, explican, comprenden y racionalizan las bases y la estructura de los enfoques y aplicaciones en los actores sociales.

El derecho penal ha tenido un cultivo propio y cualificado durante todo el siglo XIX en todos los Estados de nuestro contorno continental-occidental con itinerarios perfectamente diseñados: la secularización, la desnaturalización filosófica, la desregulación teocrática, la separación de la ética y la moral, para entrar en otra senda: la construcción del delito, la realidad de la delincuencia y las respuestas que desde el Estado, el individuo, la sociedad y el mercado ofrecen, estableciendo un marco de convivencia, donde hay entrada a la legalidad, la legitimidad, legitimación y justificación.

Aparece el encuadre de las “situaciones” y de las “acciones” y se delimita y se determina el objeto de aplicación y análisis de la realidad jurídica como realidad social, que involucra a todos los ciudadanos. La supremacía de la ley o principio de legalidad es el nuevo escenario desde donde emana la nueva orientación en el estudio de la justicia ( el injusto) y el derecho, como campo normativo.

Es este el momento en que arranca, en nuestro contexto, los estudios del derecho como “saber” y como “conocer”, que se extendió como función, aplicación y ejercicio; es ahí donde surgieron entre las profesiones liberales el abogado, que, por el acercamiento y abarcabilidad de la casuística tratado pasaron a ser “letrados” frente a los iletrados, que eran los no sapientes o desconocedores ( al lado de los ignorantes). Hay una nueva forma de ver y analizar por la misma evolución del Estado, la sociedad, el mercado y el individuo, donde se extienden distintos conocimientos sobre el derecho<sup>41</sup>.

Las visiones del positivismo y el historicismo y sus manifestaciones del derecho natural, recepciones de Kant o las orientaciones que desde la ética de los valores o de la política, además de los usos, estilos de vida y costumbres que se iban sucediendo, tienen importancia en el desarrollo del derecho natural.

Sin pretender una revisión de la historia hay que señalar que hubo una constante y permanente evolución del conocimiento jurídico. En ese sentido, en encuadre de dicho conocimiento jurídico es un saber práctico<sup>42</sup>. En este marco se han ido desarrollando las líneas fundamentales de la estructura del saber jurídico con su autonomía y unidad. En este marco aparecen las epistemologías, que han ido perfilando la respuesta a las incertidumbres. Pero a ello hay que añadir la gnoseología jurídica, donde la jurisprudencia es el referente manifiesto.

El saber jurídico es un saber práctico. Si miramos a Aristóteles encontramos la diferenciación entre las ciencias teóricas, un saber especulativo y, por otra parte, el saber práctico. Sin embargo, hay que diferenciar, como venimos avanzando, el saber y el conocer. El conocer obedece a diferentes motivaciones, pero centrándonos en el conocer, éste puede producirse por el placer de conocer y gozar de la contemplación de la verdad, aunque, también, conocer para procurarnos un bien distinto de la

---

<sup>41</sup> Rodríguez Paniagua, J.M<sup>a</sup> *Derecho y ética*. Tecnos. Madrid. 1977.22

<sup>42</sup> Martínez Doral, J.M<sup>a</sup>. *La estructura del conocimiento jurídico*. Univ. Navarra. 1963

especulación. El conocer implica querer y obrar, es decir, implica lo teórico y lo práctico. Es decir, se implica lo inteligible y lo realizable –la ciencia es saber general y saber de las condiciones-.

El derecho implica el uso de una terminología propia. Hay, en ello, una especificación de las ciencias según las perspectivas formales de conceptualización. La ciencia se agota en el conocimiento y no puede pasar a la acción. De hecho, la ciencia no puede ser nunca generadora de normas e ideales de conducta.

El saber es exclusivamente especulativo, aunque en el mismo aparecen distintos elementos como pueden ser los intuitivos, los científicos, los experimentales, los filosóficos o los lógicos. Cuando nos referimos al conocimiento jurídico se parte de un saber y un conocimiento práctico, donde aparecen léxicos, estructuras nocionales y modos de definir.

## 2.1.-Derecho penal y poder jurídico: el principio de legalidad

Al plantear el principio de legalidad como elemento básico es plantearnos en la recepción de la tradición la revolución francesa y todo lo que ello conlleva en el encuadre y racionalidad del derecho. Así, al lado de las tradiciones constructivistas del derecho en Alemania hay que reseñar la dimensión francesa.

El principio de legalidad se ha convertido, después de la revolución francesa, en el elemento y el lugar de referencia básico que incide, afecta e incluye desde el plano procesal al Estado (la democracia y Estado de Derecho); la sociedad (igualdad, libertad y solidaridad); el mercado (competencia, concurrencia y responsabilidad); e individuo con su pensar, sentir y querer que se manifiesta en acciones en la vida y que inciden en la convivencia.

En occidente en general, y en especial en Europa, se inicia y se configura un marco y una aplicación especial entre abstracto y aplicado de lo que es la ley. La ley sustituye la voluntad de individuos, aunque las instituciones estén regidas por individuos. La ley se convierte en delimitación, en norma, en regla y en apelación. El derecho divino de los reyes y la voluntad del jefe quedan atrás y se inicia un nuevo diseño de la democracia y el Estado de Derecho.

El principio de legalidad o la supremacía de la ley establece un modo nuevo de realizar la vida para el Estado, el Estado moderno, la sociedad, una sociedad democrática de derecho, un mercado con la competencia del mercado, la propiedad y la competencia abren nuevos derroteros con la ley de oferta y demanda, la dialéctica de necesidad-satisfacción, etc. y el individuo que tiene un nuevo horizonte basado en la libertad y el razón.

Todos los Estados de occidente se abren al nuevo sistema y aparece la configuración y desarrollo de ese Estado de derecho y aparecen el constitucionalismo que pretende dar respuestas a las demandas de los nuevos tiempos. En ese sentido, hay que señalar que

hay unas sucesiones de tiempos que quedan reflejados en los distintos proyectos constitucionales que se iban sucediendo.

Conectado con la legalidad y, partiendo del derecho penal, hay que relacionar desde el principio la legalidad y la tipicidad con lo que se establecen nuevos horizontes a las acciones y los efectos. Igualmente hay una conexión directa con la antijuridicidad<sup>43</sup>

Dentro de ese desarrollo alcanza un lugar determinado el “monopolio de la violencia”, del que nos habla Max Weber<sup>44</sup>. Lo cual abre al Estado el dominio, la entidad y la aplicación de elección-decisión, legalidad y aplicación de la misma en lo referente al ordenamiento jurídico. Pero, en el ámbito penal esta situación es cualitativa en sus dos dimensiones: naturaleza y origen.

Teniendo en cuenta esta situación, en los distintos Estados hay una construcción y reconocimiento del derecho penal y del ius puniendi. De hecho, el positivismo y el historicismo han iniciado unas respuestas a las nuevas demandas, que se han ido completando en las distintas corrientes de pensamiento. De hecho y a modo de síntesis, desde el siglo XVIII se manifestaron posturas en el saber y el conocer de las ciencias normativas, en concreto en las ciencias penales y, de ahí, toda una construcción dogmática. En ese sentido, es común apelar al encuadre y enfoque del italiano Beccaría para establecer el límite dogmático y de aplicación del derecho.

Esa dogmática se entendía como interpretación del derecho, por lo que, desde el principio del nuevo régimen, frente al Ancien Regimen, la dogmática va teniendo su propio espacio social y, sea en el ámbito continental o anglosajón –siendo distintos-, manifiestan su propio espacio y su visibilización en la aplicación del derecho. Esta dogmática abarca, tanto desde una visión amplia, como en otra más restrictiva, a la dogmática jurídica y a la política criminal. En ese sentido, hay que resaltar el desarrollo de la “certidumbre”<sup>45</sup> del derecho y, en esa dirección, la certidumbre de la ciencia. Es, por tanto, un factor o elemento de estabilidad del nuevo sistema democrático de derecho.

En el marco de la dogmática jurídica y la política criminal hay que señalar el cruce de criterios y ámbitos de otras ciencias, por lo que históricamente es muy rico y significativo el desarrollo del derecho penal. Así aparece la política criminal y la criminología, la penología, la antropología criminal, etc.

Este marco nos pone en relación con otras ciencias que delimitan su objeto de estudio de una forma específica. Nos referimos a la sociología, a la psicología, a la psiquiatría, a la criminología en sus distintas aplicaciones de forma genérica denominadas tales como criminología clínica, criminalística y otros epítetos que, a pesar de ser muy atractivos como nombre, no han tenido ni continuidad ni seguimiento, ya que al reclamarse empíricas se sostienen en otras ciencias que entienden transversales y complementarias.

---

<sup>43</sup> Santa Cecilia García, Fernando en “Crisis del principio de legalidad en materia penal”, en Sánchez de la Torre, A./Hoyo Sierra, I.A. (editores), Fundamentos de conocimiento jurídico. Principios del derecho. Dykinson. Madrid. 2014

<sup>44</sup> Weber, M. *Economía y sociedad*. FCE. México.1986

<sup>45</sup> López de Oñate *La certeza del Derecho*. Buenos Aires.1953. 7

Otra cosa diferente es la experiencia y la dimensión empírica que encierra el estudio de la política criminal, que aparentemente es susceptible de encuadres epistemológicos determinados.

Pero, volviendo a los orígenes y evolución moderna del derecho penal, hay que buscar en Beccaría -Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría (1738 – 1794) uno de los antecedentes específicos (De los delitos y las penas)- y se marca el límite de la modernidad, donde plantea de forma directa el “ius puniendi” en la teoría del contrato, donde se destaca la igualdad de las penas para todos los ciudadanos; el carácter preventivo y represivo de la pena u la proporcionalidad entre delitos y penas.

Nuestra doctrina, y siguiendo, entre otros a los diferentes miembros del mundo académico, que en las oposiciones a sus puestos académicos repasaban esos referentes, partimos de Alfonso Serrano Gómez<sup>46</sup> que nos recuerda a Filangieri (1752-1788), que funda el derecho de pensar en el pacto social. Se ocupa del delito, prestando especial atención a la imputabilidad, el dolo, la culpa y sus grados, así como la proporción entre delitos y penas. Este autor se somete a la conjunción societaria, a la estructura y al cambio, donde tienen especial significado las instituciones sociales y su papel socializador, en concreto, la religión, la educación, la familia, las instituciones económicas y las instituciones políticas. Otro de los autores es Romagnosi (1761-1835), que se centra en el castigo, la capacidad, la facultad y la atribución de castigar. El premio y el castigo dentro de los procesos sociales. Es decir, que es la sociedad la que transmite la legitimación para censurar los comportamientos y las conductas, ya el delito es todo acto que en virtud de los derechos entre hombre y hombre puede ser objeto de pena humana. Se adentra en el mundo de la casuística y, en consecuencia establece el planteamiento relacional. Feuerbach (1775-1833), que aparece como uno de los iniciadores del derecho penal en Alemania, donde hay una delimitación conceptual, una metodología, una tipificación y una estructura.

El planteamiento del derecho penal se encuadra en las pugnas ideológico-político-científicas de la época, donde hay una seria pugna entre el positivismo y el historicismo, con todo lo que representa en el ámbito científico

El desarrollo y evolución del derecho penal pasa por los tránsitos del Estado liberal de derecho, por el Estado liberal de derecho y por el Estado del bienestar, lo cual ofrece un escaparate de respuestas, que nos sitúan en el tratamiento que el derecho penal ha tenido.

Durante el primer período, de finales del XVIII y el XIX se ha desarrollado lo que se conoce como los marcos de la escuela “clásica”<sup>47</sup>. El desarrollo teórico y práctico se desarrolla en todos los Estados de nuestro contorno, siendo Alemania el lugar donde hay tenido un peso determinante al lado de Francia e Italia y, también en España, que ha ido dando respuestas en el marco político y social conjuntamente con el planteamiento teórico. Conviene tener en cuenta que las modas y usos europeos de la Ilustración servían de referencia. Basta observar la literatura y la política donde los asuntos del

---

<sup>46</sup> Serrano Gómez, A. *Introducción a la ciencia del derecho penal*. UNED. Madrid. 1981. 29

<sup>47</sup> Los tratamientos que hace la doctrina pueden verse en Oneca, A. *Derecho penal. Parte general*. Madrid. 1949; Rodríguez Devesa, J.M *Derecho penal español. Parte general*. Madrid. 1981...o Mir Puig *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona. 1976

derecho penal eran tratados como Ramón de la Sagra, Concepción Arenal o Emilia Pardo Bazán.

Teniendo en cuenta, pues, las bases del planteamiento teórico, el desarrollo de la teoría clásica ha tenido unos referentes en figuras, que partiendo de Lombroso y de Beccaria y Ferri, tienen su continuidad en Romagnosi, Filangieri, Mario Pagano, a de Carmignani, a Carrara, a Ellero o a Pessina, que han ido sentando las bases de la concepción y que han tenido su continuidad de sistematización del derecho penal en Pelegrino Rossi, Carmignani y Carrara.

Las bases de la teoría clásica en derecho penal se circunscriben a los siguientes elementos:

El principio de legalidad como fundamento

La obligatoriedad-generalidad del derecho. Esta situación implica 1) la libertad en la actuación; 2) la retribución de la pena; 3) la responsabilidad moral. Ello está en conexión con la visión del derecho natural

El delito es una violación de la ley penal

La pena tiene tres funciones: 1) prevención; 2) represión; 3) retribución.

La pena tenía que ser proporcional al daño causado

El delincuente es considerado como un ser normal que delinque y, no se centra en él

Esta escuela clásica sienta las bases metodológicas para la observación del delito y su tratamiento social

Rossi (1787-1848) parte de la moral y la justicia y considera el derecho penal como una rama cualitativa del derecho<sup>48</sup>. Pretende situar unos límites al derecho penal basándose en lo justo concebido desde la moral y ahí establece una interpretación de la aplicación de la ley. No parte del contrato social al modo de Rousseau, sino al principio de ordenación y el castigo o pena se encuadra en esa visión de la obligatoriedad y generalidad de la ley. El delito es una infracción de la ley penal. La pena, que tiene efectos preventivos y de protección del orden social, es un mal que recae sobre el autor de un delito, pero se aplica en función de la justicia social. Hay que destacar que llama la atención sobre la proporcionalidad de las penas con los delitos cometidos

Carmignani (1768-1847)<sup>49</sup> parte de lo moral como en Rossi, sino de lo político, lo cual introduce el elemento finalista de la política, lo cual afecta directamente al criterio de la prevención en todos los ámbitos. En ese sentido, el derecho de castigar es un derecho de necesidad política.

Carrara (1805-1888)<sup>50</sup> destaca en su programa que el derecho está en la naturaleza humana; que se basa en el derecho es libertad; el derecho de castigar tiene su legitimidad en la necesidad de defensa de la sociedad; diferencia entre pena e imputación; el delito tiene su origen en la naturaleza de la sociedad civil; parte del principio de legalidad, que implica el elemento de seguridad pública (la ley da seguridad y el derecho pertenece al individuo, no a la sociedad y todo derecho nace de un deber, en ese sentido el delito no se configura como una acción, sino como una infracción); la pena es algo necesario y se muestra partidario en los principios del correccionalismo.

---

<sup>48</sup> Rossi, P. *Traité de Droit penal*. Bruselas. 1855

<sup>49</sup> Carmignani *Teoría delle Leggi della sicurezza sociale*. Pisa. 1831. 5

<sup>50</sup> Carrara, F. *Programa de derecho criminal*. Bogotá. 1956. 7

Al lado de la Escuela Clásica se ha desarrollado la Escuela Positiva, que representó la ampliación, en cuanto defensa social, del uso de método. La Escuela Clásica se configuraba en el método deductivo (aunque, por supuesto, intercalaba con la vía histórica y la descripción). Mientras que la Escuela Positiva introduce el método inductivo.

Pero hay que destacar que en los estudios de derecho penal han sido los autores clásicos que impulsaron un marco teórico, que los positivistas han completado. Y, para Ranieri<sup>51</sup> afirma que la base científica del positivismo se encuentra en la escuela histórica, dando prioridad al planteamiento del crimen, por lo que para muchos era simplemente una sociología criminal.

Los principios en los que se asienta la Escuela Positiva se centran en los marcos dialécticos de la vida social:

Se parte del principio de legalidad

La delincuencia es un hecho social, que presenta unos rasgos en la acción y en la reacción al mismo. El delincuente es siempre anormal, rompe con el orden establecido

Las penas tienen un valor limitado y se combate el fin retributivo que era defendido por la Escuela Clásica

Para evitar el delito hay que eliminar la causalidad social

No se cree en el libre albedrío, aunque se admite los grados de libertad, pero se niega la libertad moral. En ese sentido, da importancia a las condiciones subjetivas del individuo

Da importancia a la defensa social, la peligrosidad

El creador de esta Escuela Positiva era Lombroso (1835-1909) con su obra “L’Uomo delinquente” (1876), donde describe la teoría del “delincuente nato”, el delincuente nace no se hace. Para ello se basaba en estudios antropológicos y anatómicos. Esta corriente tuvo amplio eco y seguimiento en los distintos estados, ya que la justificación doctrinal estaba asentada en la observación científica y, como tal, ha sido presentada, aunque profundamente debatida, cuestionada y desestimada, ya que nos adentraba en el determinismo y planteaba serias dudas no sólo científicas, sino filosóficas sobre la libertad, voluntad, etc.

Pero la figura más importante de esta escuela ha sido Enrico Ferri<sup>52</sup> (1856-1929), que publica en 1880 su obra “Sociología criminal”, donde establece una sistematización de encuadre y enfoque de la delincuencia y su repercusión social. En definitiva se adentra en el positivismo criminológico y en el positivismo naturalista, donde se centra en la “patología social” y sus encuadres sociales y jurídicos, por lo que tiene en cuenta la antropología, la psicología y la estadística, lo cual realiza un enfoque sociológico del delincuente, del delito, de la respuesta al mismo, etc.

---

<sup>51</sup> Ranieri, S. *Orígenes y evolución de la Escuela Positiva*. Rev. Estudios penitenciarios. Es preciso tener en cuenta los estudios de Ferri, Principios de Derecho penal, pero, igualmente a Serrano Gómez, A *La criminología de los primeros autores clásicos en el Anuario de Derecho*. 1973; igualmente a Barbero Santos, M. y Ranieri, S. y la Escuela Positiva, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid.1972

<sup>52</sup> Ferri, E. *Sociología criminal*. 1907 . (Esta obra había sido publicado en 1880)

Otro autor de la Escuela Positiva es Garofalo (1851-1934), que publica su libro “Criminología, que parte de la concepción del delito natural, pero trata de reconducir las distancias que se habían establecido con la Escuela Clásica. Parte de una noción sociológica del delito, donde distingue dentro del hecho punible los hechos naturales, huyendo de los criterios morales y restringe el papel del jurista en el planteamiento de la criminalidad, preocupándose de la reacción penal

Sin duda, el arranque de las dos escuelas marcan y diseñan un espacio y una visibilidad al derecho penal, donde se perfilan dos modelos distintos, que centran los estudios y las aplicaciones del derecho

#### ESCUELA CLASICA

Se centra en el Delito  
Utiliza el método deductivo  
Se afirma el libre albedrío  
Se afirma la responsabilidad moral  
Se afirma el sistema jurídico  
La responsabilidad es individual  
La pena es la respuesta

#### ESCUELA POSITIVA

Se centra en el delincuente  
Utiliza el método inductivo  
Se niega el libre albedrío  
Se niega la responsabilidad moral  
Se abandona el sistema jurídico  
La responsabilidad es social  
Las medidas de seguridad es la respuesta

Frente a estas dos corrientes de pensamiento se han ido desarrollando visiones mixtas y, en consecuencia, se han afirmado correcciones, ampliaciones y enfoques heterogéneos. En ese sentido, se fueron creando terceras corrientes. En ese sentido aparece la “Terza Scuola” con el naturalismo crítico y el positivismo jurídico con Maurini, Lucchini; Carnevale y Alimena, que nos presentan un encuadre donde hay autonomía del derecho penal, se niega el libre albedrío, la pena tiene la función de defensa social, distinción entre penas y medidas de seguridad. Otra corriente es la conocida como la “Humanista”, que tiene su origen en Vicente Lanza (1869-1929), que recalca la máxima relación entre la moral y el derecho penal. Otra corriente es el “Correccionalismo”, que ya en 1811 Stelzer hablaba de “corrección jurídica” y que ha tenido en la filosofía de Krause una referencia y teniendo como autores a Roeder (1806-1879). Es decir, a partir de este marco de referencia han ido sumándose aportaciones que enriquecieron los ámbitos de la doctrina, las fundamentaciones dogmáticas y las teorías sobre el derecho penal y los elementos que sobre él se sobreentienden. Hay, pues, un desarrollo cualitativo y significativo del derecho penal.

## 2.2.-La ordenación jurídica y convivencia

El estado de derecho y el principio de legalidad han representado una ruptura con relación al pasado y a todo el orden y sistema pasado. La realidad de la modernidad implicó cambios estructurales y de alcance que conformaron unas respuestas nuevas y unos referentes adecuados a los nuevos tiempos. Hay, en ese sentido, que valorar el papel cualitativo del derecho en el nuevo tiempo.

Desde la irrupción del Estado en la Ilustración, donde el Estado-Nación circunscribe y determina una entidad en si, hay una nueva ordenación y, en consecuencia, se

establecen unas referencias y unos referentes, donde el principio de legalidad es el sostén y sujetador de tal sistema.

Esta ordenación basada en el principio de legalidad se estructura en principios que pasan a derechos que son proclamados formalmente. Hay, pues, unas conformaciones o consideraciones de referencia basados en las formas. El Estado liberal de derecho va declarando sus formas, que asientan la convivencia de los individuos y fijan y gradúan los comportamientos desde la perspectiva social y las conductas, desde la perspectiva jurídica. Esto, que parece tan elemental, es significativo y único para el funcionamiento del sistema recién creado y que deja atrás el Ancien Regimen. La ordenación implica graduación, jerarquización y distribución, que la formalidad de su proclamación viene reflejado por el sistema de leyes y la convivencia se ajusta a esas leyes (*secundum legem*)(Otra cosa es el *contra-legem* y el *extra-legem*).

El derecho penal del Estado liberal de derecho es un derecho formal y material, que se materializa empíricamente en la sociedad. Desde el prisma histórico ese derecho penal ha sido comprendido desde dos significaciones diferenciadas: por una parte, que es la que afecta a la ciudadanía, como una expresión del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento punitivo; pero, por otra parte, la denominación derecho penal ha tenido un significado técnico, que es usado de forma específica por los que emplean el derecho y que aluden directamente por el alcance del conjunto y de las partes de ese conjunto de las normas jurídicas. El derecho penal es una parte cualitativa del ordenamiento jurídico con unas propiedades propias, ya que tutelan los valores fundamentales de la vida en comunidad. Ese derecho penal es un conglomerado de normas que establecen mandatos o prohibiciones, hacer o no hacer determinadas conductas y, como reacción, establece las respuestas y los medios de reacción: penas y medidas de seguridad.

Sea, pues, por la regulación de valores fundamentales de la vida social, sea por la reacción con penas y medidas de seguridad, como el derecho penal ocupa y manifiesta en la vida social un peso único dentro del sistema normativo y, a su vez, se convierte en garante de ese mismo sistema.

Es obvio que hay distintos posicionamientos de análisis y enfoques del derecho penal, sea el observador o el espectador, sea el actor o agente, sea el interprete o traductor, sea el sujeto activo o pasivo, sea el técnico o el vulgar, sea el especialista o el popular. Pero, la evidencia de la realidad es que es y representa un ordenamiento jurídico, que es penal y positivo. Es igualmente obvio, que a lo largo de este transcurso del tiempo, desde el Estado liberal de derecho al Estado del bienestar, pasando por el Estado social de derecho hubo toda una construcción doctrinal, con todas clase de enfoques y valoraciones y, aparte de reproches y falsas problemáticas, es incuestionable su ubicuidad, su realidad y su eficacia en la sociedad. Ese derecho penal se ha ido conformando como sistema normativo, por lo que al referenciarlo como ciencia hay que dejar atrás los enfoques de contraposición entre positivistas e historicistas, entre formalistas y empiristas, entre los que veían las ciencias divididas entre naturales, culturales y filosóficas, entre visiones estáticas (paradigmas) y dinámicas (falsaciones). Hoy las ciencias, en el siglo XXI han evolucionado y como tales están siendo tratadas, lo cual es una ida a ninguna parte volver sobre algo que no puede quedar en simple especulación, como ya hemos descrito. Si es cierto, que en la evolución del derecho penal y en su justificación, ha pasado por la necesidad de dar respuesta al concepto y a la naturaleza.



De aquella especulación se arranca la visión del derecho penal como una ciencia empírico-cultural, valorativa y finalista, que tiene por objeto de estudio el conocimiento sistemático del ordenamiento penal positivo<sup>53</sup>. Aunque esta tipificación puede encuadrarse en el marco de la academia, es reducir al derecho penal. Si la discusión es de si se trata de ciencia si o ciencia no, hay que señalar que estamos en otra situación, ya que el estatuto de las ciencias ha variado, porque, además, en el plano empírico, nos encontramos con la dogmática y en la práctica jurisprudencial aparece la mecánica y el tratamiento, lo cual implica otras características al tema. Ya no es la determinación del enfoque académico de una ciencia, sino la virtualidad social de la misma.

Resulta claro que el análisis científico se circunscribe a la naturaleza y abarca a la causalidad y racionalización, así como, también, al estatus de consideración científica, que implica delimitación del objeto, concreción conceptual, delimitación de aplicación, empleo metodológico, sistema de fuentes y resultados. Las ciencias operan de esta forma, no se quedan en el saber y conocer, no se reducen a especular y pensar, no se asientan en lo material ni en lo formal de manera separada, sino que se hacen desde la incorporación, desde la observación, desde la experimentación, desde la verificación y desde la predicción.

Hay una nota cualitativa en el estudio del derecho y es su denominación, derecho, que ha sido objeto de diversa especulación, sin embargo, la realización de la vida colectiva ha llevado el rumbo que ha tenido con todos los sesgos que pudieron sucederse, pero, lo que es evidente, es que desde la Ilustración, el derecho ha tenido su identidad y, de hecho, ha marcado el devenir de la historia en todo su conjunto. Sin embargo, hay un equívoco que hay que replantear, se nos afirma las raíces del derecho romano y hubo una corriente que se decía sustentarse en la historia para creer y crear antecedentes, lo cual no significa que no usaran el derecho y que cualitativamente tuvieran unos significados históricos muy determinados, pero no únicos. Pero, hay algo mas, hubo igualmente un derecho hebreo, de hecho no sólo los mandamientos, sino en Números, del Pentateuco, aparecen las primeras ordenaciones, reglas y obligaciones; en Egipto tenemos otros códigos. Si pasamos ya a los tránsitos de la historia antigua a la medieval tenemos todo el desarrollo del derecho germánico. Con el paso del tiempo hubo otras manifestaciones en el derecho anglosajón. Pero, sin duda, es con la Ilustración cómo se ha roto todo un sistema, entre ellos las visiones escolásticas de la escuela de Salamanca y su derecho de gentes, véase las colonizaciones y el nuevo orden internacional. Es decir, en todos los territorios se usan leyes y normas, pero hay que destacar el hecho más cualitativo y único en el desarrollo histórico, que es desde la Ilustración cuando los Estados elaboran todos los Códigos. Estamos en una nueva ordenación y jerarquización producto de la nueva racionalización y racionalidad. Es decir, la norma-ley se generaliza, lo cual no es más que una consecuencia del desarrollo del principio de legalidad. Es aquí donde se produce realmente el cambio y la nueva situación.

Cuando se plantean formas de saber y de conocer hay un corpus específico: las leyes. Que tienen unas categorías propias y necesarias para considerarse legales, legítimas, vinculantes y obligatorias.

---

<sup>53</sup> Sainz Cantero, J.A *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Bosch. Barcelona. 1970.13

El derecho penal viene a ser el conjunto de normas del ordenamiento punitivo y es, al mismo tiempo, un saber científico (aparte de ser una disciplina académica). Este derecho penal tiene una naturaleza que combina naturaleza-orden-ruptura. O, dicho de otra manera, las conductas son individuales con significación social; hay un orden y un ordenamiento jurídico basado en el principio de legalidad; y hay una ruptura, el delito.

Desde esta perspectiva, el saber y el conocer puede tener antecedentes y encontramos antecedentes en el derecho antiguo, que es múltiple y que puede representar desde lo erudito, docto, culto o leído, etc. antecedentes, pero la ruptura con la ciencia es definitiva.

Igualmente no puede identificarse el derecho penal con la ética y la moral, que era analizada desde la filosofía, aunque se plantee la voluntad; tampoco con la psicología aunque se plantee la motivación, la inteligencia, la memoria, etc.; tampoco con la antropología aunque se plantee al individuo; tampoco a la sociología, aunque se analice la sociedad.

Es decir, el derecho penal camina y se deslinda de otros tipos de saber y conocer, presentando un objeto, unos sujetos que requieren unos conocimientos y habilidades propios en su modo empírico, experimental, experiencial y existencial. Ahora bien, el derecho penal presenta rasgos propios y hay ámbitos que exceden y amplían su óptica: la política criminal y la criminología y la penología.

La evolución del tratamiento desde el saber y el conocer como ciencia se presentó siempre con un estado de dependencias referenciales como la historia, la filosofía, la sociología, la psicología o la antropología. De ahí puede provenir los antecedentes del derecho en la historia como el derecho romano, germánico, etc.; antecedentes de la filosofía fundamentalmente desde el pensamiento y el proceder metafísico, pero, también con la ética y la moral; antecedentes con la sociología toda vez que desde la sociología se analizan las legitimaciones del grupo social y, en consecuencia la desviación a las normas y donde aparece la socialización, las instituciones sociales y la socialización; la psicología nos ofrece los enfoques evolutivos y diferenciales de la personalidad, la memoria, la inteligencia, la motivación, la voluntad, etc. en sus diferentes edades; con la antropología nos ofrece los estudios sobre el individuo y su vida en el grupo social y todo lo que conlleva el marco simbólico. Hay, pues, conexiones con todas estas modalidades de saber. Es más, se pretendió desde el marco organizativo y especializado, la transversalidad y, como tal, ser ofrecido como ciencia, pero nada tiene que ver con el derecho penal, que se circunscribe al delito-orden jurídico-orden social. Es decir, delito y delincuente, ordenamiento jurídico y vida social.

Pero hay algo mas complejo, se trata de la comprensión, la delimitación conceptual y su transmisión, ya que, al lado de las acciones delictivas están las relaciones y procesos, lo cual nos traslada a proceso-resultado; a acción-reacción, a legitimación-legalidad. Pero ello connotado con la información al resto (circunstancia o relativo) y a la comunicación al otro, al lado del conocimiento. En ese sentido relacional y comunicacional, aparece el papel de emisor, el papel del actor, el papel del partícipe y, con ello el marco lingüístico de la interpretación para el entendimiento, la comprensión, la explicación y la racionalidad.

Otra cosa distinta es que el derecho penal no use y tome como referencias los avances y los tratamientos que hacen otras ciencias, pero, nada tiene que ver con el objeto, el método, fuentes y sistematización.

Otra cuestión viene connotada por las consecuencias del proceder del derecho penal, ya que aparecen conexiones con otras formas de conectar el conocimiento. Nos referimos al poder, en concreto la política, otra es con las organizaciones y conectado con ellos aparece la política criminal y la criminología, que presenta un concepto (aunque no unificado, sino simplemente instrumental), un objeto (que parte del delito en su doble plano, el real y el normativo, y un método construido).

### 2.3.-El carácter fragmentario del derecho penal

El relato construido en la modernidad ha tenido la interferencia e influencia del desarrollo y evolución político social y, en la postmodernidad, ese gran relato y constructo se ha fragmentado, ha desaparecido el discurso-relato fuerte y emergen otras narraciones y argumentarios que se introducen como tema, como mensaje y como guión.

Hay que destacar que hay un desarrollo científico del derecho penal, que parte por integrar el movimiento reformista, que se remonta a mediados del siglo XIX, donde autores ilustrados han replanteado el delito y el castigo y, con ello el sistema, ahí están los enfoques de Voltaire, Cesare Bonessana, marqués de Beccaria, Pedro Verri (*Discours sur l'administration de la justice criminelle*), Jean Paul Marat (*Plan de legislación criminal*).

Hubo un movimiento codificador con figuras como G. Romagnosi en Italia, Klein en Prusia, Kleinschrod y Feuerbach en Baviera, Gross en Sajonia. En España, Lardizábal hizo el primer intento de unificar las leyes penales.

En ese marco, se producen las primeras construcciones científicas, destacando el utilitarista Jeremías Bentham donde podemos destacar obras como “Tratados de Legislación civil y penal”, *Teoría de las penas y recompensas* o el “Panoptico”, que propone un sistema propio para guardar los presos (había sido comisionado por el gobierno inglés para elaborar un informe de las cárceles en los EEUU al igual de Alexis de Tocqueville en Francia o Ramón de la Sagra -“Seis meses en los EEUU”- en España). Otro autor es Gaetano Filangieri, que se basa en el principio contractualista o U. Spirito, o G. Filangieri con su obra “Ciencia de la legislación”. Otra aportación que une la visión iusnaturalista iluminista con el principio de utilidad lo realiza Giandomenico Romagnosi. Y, por supuesto, la aportación de P. A. Von Feuerbach con su “Tratado”.

Se han desarrollado distintas escuelas penales, desde ese tiempo, que se han ido perfilando posteriormente y, acorde no ya desde el modo filosófico, sino que hay toda una categorización y encuadre del desarrollo científico. En ese sentido, aparece la obra de F. Carrara, para quien el derecho no es un producto histórico sino un producto

humano (Carrara era discípulo de Carmignani en Pisa y es autor del “Programa del Curso de Derecho Criminal”). La pugna inicial es la concepción natural frente a la visión positiva de la concepción social.

Hay que darse cuenta que en los planteamientos tanto filosóficos como desde los planteamientos científicos el concepto de Naturaleza presenta dos referencias que, desde un modo y otro es tratado, por lo que hay un encuadre equívoco, que se resuelve en la medida del discurrir del proceso, sea filosófico o científico. La Naturaleza puede ser analizada desde: 1) el plano “objetivo”; 2) desde plano “axiológico”.

La concepción científica del derecho nos adentra en el orden y su ruptura, entre las acciones del individuo y la legitimación, entre la legalidad y la conducta. Dentro de esa visión tridimensional aparece el orden jurídico, la situación y la conducta delictiva. Todo ello forma parte del análisis científico del derecho penal.

En ese encuadre científico hubo delimitaciones cualitativamente significativas: derecho penal o derecho criminal; delito o desviación; acción o situación: legalidad o legitimidad. Pero, con ello aparecen conexiones axiológicas e instrumentales que analizan la criminología, la penología, las organizaciones o las ciencias políticas. De ahí, las cuestiones de si el delito es un “ente jurídico”, si el método es lógico-abstracto o deductivo (escuela clásica) o, por el contrario es concreto-relacional e inductivo (escuela positiva).

Posteriormente, los encuadres técnico-jurídico, que se enmarcan en la positividad y que tiene como cultivador a Arturo Rocco (18876-1942), que pretende delimitar y tratar metodológicamente el derecho penal, por lo cual parte del interés del derecho y con él la captación del bien o interés positivo, que es la exégesis, a ello le añade los análisis con una lógica propia, lo cual implica sistema, y, por último, diferencia el derecho “como es” del que “debe ser”. De esta forma, eleva el derecho a un marco técnico y con tecnicismo jurídico.

Otra de las aportaciones en el discurrir histórico aparece la “defensa social nueva” con autores como Adolfo Prins, Marc Ancel o Felipe Grammatica. En ese sentido en “Estructuración ideológica de la nueva defensa social” (en el Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales) describe las causas del <defensismo> en: fracaso del derecho penal clásico; en el avance de las ciencias naturales; en la crisis penitenciaria; en la sospecha de que la pena individual sea tan inútil, funesta, vituperable e injusta como la pena internacional ( la guerra); en la tendencia política y científica a identificar las relaciones mutuas entre pueblos y ciencias; en la nueva relación después de 1945 de paz y justicia; en la aparición de teorías antropológicas y sociológicas; o en el avance de la criminología. Es decir, hay una visión crítica frente al delito y se centra en el delincuente

La visión del socialismo real nos lleva a que se realiza una crítica de la visión burguesa –liberal/capitalista, que tiene su orden social-, que es formalista y que es el Estado quien posee aparatos represivos para mantener el orden. En ese sentido, la propuesta es una orientación hacia un concepto material del delito, donde aparece la tipicidad, lo cual otorga valor y establece la responsabilidad. El delito es una conducta humana peligrosa para el orden social y estatal democrático popular y para los intereses de los ciudadanos, porque contradice los fundamentos políticos y morales de la actividad laboral, porque

lesiona leyes penales y como respuesta se le asignan penas. En definitiva, se resalta la peligrosidad social, la reprochabilidad político-moral, se pone igualmente de manifiesto la antijuridicidad penal y punibilidad.

En definitiva, el derecho penal va abriéndose un trayecto propio con objeto, con método, con fuentes y con resultados. El planteamiento científico, al lado del encuadre académico, hay todo un desarrollo institucional aplicado, donde se individualizan el conjunto y los elementos, la acción y el resultado, lo abstracto y lo concreto, la acción y la reacción, el hecho social y la situación.

No es que se parta del ordenamiento jurídico, sino que éste forma parte del sistema y la acción del individuo, su conducta, se ajusta o no a lo establecido y, por ello hablamos de delitos y faltas como el marco nuclear del objeto. El delito, que dentro de la construcción alemana se delimita como una <acción>, <típica>, <antijurídica>, <culpable> y <punible>, ha servido de base al desarrollo posterior del conocimiento científico.

Al lado se han ido planteado otras consideraciones sobre las similitudes y diferencias entre delito y crimen, derecho y justicia, particular y general, significativo y significado, orden y sistema, etc. , por los que hay que deslindar su objeto de forma cartesiana: clara y distinta. Todo ello ha llevado a equívocos sobre la naturaleza pública, privada, íntima, propia de las acciones, de los hechos y de las situaciones y, a mayor confusión a los elementos instrumentales autónomos o complementarios para dilucidar no la verdad de las acciones y el ordenamiento, sino la certeza. Por ello hay que diferenciar el derecho penal de otros derechos, pero también de los soportes y de las disciplinas complementarias, que a veces operan como propias y autónomas.

El derecho penal es el referente del ordenamiento jurídico que tiene como función especial la consecución de la paz social, que no es simple orden externo o social, sino jurídico. El derecho que se ocupa de conductas que trascienden el orden social exterior, pero sin moralizar, aunque sí se habla de la reeducación y de la reinserción social. Hay que señalar la función que persigue el derecho penal, pero, además presenta un carácter fragmentario, donde el bien jurídico sólo puede configurarse partiendo del concepto de bien, pero tales bienes no existen como realidad naturalista, sino que se llega a ello a través de la abstracción y es el pensamiento quien da el reconocimiento.

### 3.- ESTRUCTURA, SISTEMA Y MODELO DEL DERECHO PENAL: MATERIA Y FORMA

Desde la perspectiva epistemológica el saber jurídico presenta todo un repertorio expresivo con significaciones específicas, que enmarcan un modo de tratamiento de la relación entre el ordenamiento jurídico y sus implicaciones del Estado, la sociedad, el mercado y el individuo. Pero además, en su aplicación del plano relacional conlleva unos efectos y consecuencias en los mismos órdenes.

Es decir, el <conocimiento> científico, que conlleva <información> y <comunicación>, nos sitúa en un marco determinado y, en ese sentido, se enmarca la ciencia teórica y aplicada y, en consecuencia, aparece la realidad teórica y la realidad práctica, donde aparece lo inteligible y lo realizable. Todo ello empieza por la conceptualización.

El conocimiento, desde la perspectiva jurídica, debe ser apreciado en su doble dimensión: a) la dimensión epistemológica, que nos adentra en las formas de comunicar; b) y la dimensión ontológica, que se circunscribe al hecho.

El conocimiento jurídico se circunscribe al marco científico, donde la definición y la contradicción forma parte ineludible de la metodología de la prueba. En ese sentido, hay que señalar el plano hipotético, que nos delimita el objeto y nos cuestiona y se problematiza la realidad jurídica en su planteamiento teórico y práctico, que nos adentra en el plano teórico y en plano práctico, que nos trasladan al tratamiento específico: el técnico.

Pero, antes de realizar el planteamiento y desarrollo de los aspectos de ese conocimiento, hay que tener en cuenta unas variables transversales, que van a condicionar las aplicaciones e interpretaciones. Esas variables transversales al planteamiento categorial y de conocimiento son: 1) el tiempo; 2) el lugar; 3) y la relación. Todos ellos nos van a servir de referencia para delimitar y ajustar los principios y condiciones de realización del derecho penal

El tiempo es uno de esos temas más complicados de describir y que entra de lleno en el plano de la aplicabilidad del objeto de estudio. Desde la perspectiva histórica y de pensamiento podemos recordar que en el mundo hebreo no existe tiempo pasado, presente y futuro, sino tiempo perfecto o acabado y tiempo imperfecto o no acabado; en el mundo griego se utilizaban dos términos: cronos, que podía ser diacrónico o sincrónico, y kairós como tiempo especial; en la tradición latino-cristiana había el tiempo cosmológico y el tiempo histórico, que ha sido el que se emplea en el ámbito del derecho: inicio, terminación, duración, caducidad, extinción, etc; posteriormente se planteó el tiempo y el no tiempo, la eternidad, la ucronía...y el tiempo encarnado. De hecho, el existencialismo o Heidegger (El ser y el tiempo) o Sartre nos adentran en los significados modernos y postmodernos del tiempo. Es un rasgo, pues, cualitativo para el derecho penal.

El lugar es otro factor determinante. Así, desde el mundo hebreo hubo una delimitación espacial y la cultura mesopotámica ya definía los lugares. En el mundo griego nos plantearon el topos, topoi, donde, desde Hesíodo se enmarcan las diferencias de los lugares (orografía, climatología, suelo, subsuelo, transporte, etc). Luego, en nuestra

tradición occidental, se han sucedido nuevas construcciones del lugar, real, virtual, ideático, etc. (cielo, purgatorio, etc.). En la actualidad, el estudio del lugar desde las ciencias sociales –no desde las jurídicas- se plantea comprendiéndolo en tres categorías mentales-culturales: a) marco geométrico, que es normativo y finalista (el arquitecto que diseña una cárcel está regulando las posibilidades de disposición del lugar de los encarcelados o el ingeniero que diseña una vía marca los puntos de riesgo, etc.); b) lugar geográfico, que puede ser entendido como <medio físico>, <medio natural> y <entorno>; c) y por último, el lugar cultural, el de las normas y valores o mundo simbólico.

La relación nos traslada a la vida con otros donde hay tres procesos significativos: integración (por parte del grupo), adaptación (por parte del individuo) y asimilación (por parte del poder). Pero hay mucho más: interacción, comunicación, conexión, unión, imitación, contagio y disonancia cognitiva.

De acuerdo a estas tres variables y en la aplicación que se hace desde las ciencias normativas, se establecen el orden social y sus leyes donde se ensamblan las conductas. Para el derecho, el encuadre sistemático de la interpretación nos lleva al Código Civil y en concreto a la persona y otras ramas del derecho al Estado y a la sociedad. Sólo a efectos descriptivos, para ver la relación con el derecho penal podemos observar: la edad, el sexo, la incapacidad, el domicilio, la ausencia, la nacionalidad, la vecindad civil, el nacimiento y muerte, el estado civil, los bienes de la personalidad o el nombre<sup>54</sup>

Los aspectos formales y materiales aparecen en la estructura científica que aparecen en todo el conjunto, De esta forma, aparece la primera dimensión: la tipicidad. La tipicidad es toda una referencia de la situación. Hay una fijez, una declaración, una delimitación de la situación, que va a integrar acciones y hechos con una epistemología específica, que se relacionan con la antijuridicidad. El sistema se siente, de esta forma completa y determinada.

Pero esta tipicidad y antijuridicidad aparece como un principio puro y, antes de nada, a priori. Pero estos principios hay que situarlos en su dimensión: no en la dimensión filosófica, sino en la dimensión científica, tanto en el marco teórico o en el marco práctico.

Es cierto que en la evolución del desarrollo científico hubo confluencias y equívocos incuestionables, procedentes éstos, bien del Estado, o bien desde el mercado, la sociedad y el individuo. Resaltamos estos referentes del Estado, mercado, sociedad e individuo porque en el plano relacional hay una multiplicidad de enfoques, que por acción o reacción, efectos y consecuencias nos adentran en actos y situaciones jurídicas con efectos.

Conectado con estos elementos relacionales hay que tener en cuenta los significados y, en consecuencia, los valores que hay en la sociedad y su reflejo en el tratamiento científico. Igualmente el planteamiento ideológico y su proyección política desde el estado, que condiciona y determina políticas determinadas. También, tratamientos técnicos de las organizaciones que inciden en la eficiencia y en la eficacia y, directa e indirectamente, afectan a los planteamientos y desarrollo de la aplicación jurídica.

---

<sup>54</sup> Bercovitz y Rodríguez –Cano, R. *Derecho de la persona*. Montecorvo. Madrid. 1976. 9

Es decir, el planteamiento de la ciencia y el desarrollo de la ciencia tienen incidencia, afectación, relación y conexión con la estructura del saber jurídico en su doble plano: el esquema normativo y el esquema real, ya que la acción individual y el marco normativo quedan implicados, ya que no se trata de la intención, ni de la voluntad, sino de los hechos y consecuencias. Hay que combinar siempre y permanentemente el plano especulativo y el práctico y real. De ese ámbito se deduce, pasado el tiempo, la casuística, que es otra fuente y referente del derecho penal

El plano preceptivo y el plano cognoscitivo se completa por el operativo y, en consecuencia, el derecho penal nos adentra en el plano de la delimitación conceptual en una conformación propia, donde hay un segundo plano: la relación de la tipicidad y el acto, que quedará dentro de la casuística. Posteriormente, pero en la misma dimensión, tratándose del ius puniendi, hay todo un marco institucional enmarcado por el procedimiento establecido, que da seguridad al sistema, hay todo un marco de reacción y respuesta, lo cual nos adentra en el plano organizacional e institucional. Es aquí, donde se explyea la aplicación y, en consecuencia, el desarrollo de la soberanía y su realización o, dicho de otra forma, la afectación a los individuos de un territorio determinado, que debe ser determinado: el principio de personalidad y el principio de territorialidad, que tienen aplicación en el Derecho penal

En su evolución el derecho penal ha ido conformando su espacio propio al lado de las otras ciencias y de las disciplinas transversales que se iban sucediendo y que reflejaban el origen y evolución y las finalidades, es decir, las causas, desarrollo y fines. Pero el derecho penal fue estableciendo el plano modal, cualitativamente significativo en el desarrollo científico. Con ello, queda conformado sistemáticamente la causa, el fin y el modo, que tienen todas las ciencias y, desde aquí se construye una dogmática propia. En ese sentido se abarca al individuo, al mercado, a la sociedad y al Estado.

Acto y decisión, tanto del individuo y de las instituciones, son los elementos básicos de una relación estructural, que encuentra en el sistema unas vías de respuestas y, dentro de ellas, la consideración del orden social y de la paz social

Desde mediados del siglo XVIII y durante el siglo XIX se han ido dando todo tipo de respuestas y se han conjuntado respuestas estrictamente técnicas, otras profesionalizadas, otras ideológicas y otras académicas a la realidad del delito, a la realidad de la delincuencia, a la realidad de la paz social, a la realidad de la seguridad jurídica estatal.

De esta manera, el derecho penal es el límite de la política criminal, que orienta los objetivos a perseguir desde la ciencia del derecho penal, que afirma von Liszt y que recoge Miguel Bajo Fernández<sup>55</sup> en el prólogo a la edición castellana del libro de Zipf. Hay, pues, un esfuerzo y una delimitación de la acción y de la reacción, de la implicación y de los resultados. De esta forma, se construye una dogmática que delimita el sentido restrictivo de la pena, que confía en la bondad del hombre y se establece un pensamiento conceptual y sistemático de lo que conlleva el derecho penal, aparte de la diferenciación con otras áreas del pensamiento y de acción que pertenecen y tienen estatuto propio y diferente.

---

<sup>55</sup> Zipf, H. *Introducción a la política criminal*. Rev. De Derecho Privado. Jaén. 1979, 4



El derecho penal conforma una dogmática conceptual y formal, que analiza el delito y al delincuente, la culpabilidad, la pena, la organización-jurisdicción y la reinserción social, lo cual, desde un principio se revisan los elementos de la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Aparte y colateral a la elaboración dogmática, se han realizado múltiples reflexiones, que han ido apareciendo divulgativamente como ensayos y que pretenden influir, afectar e incidir en la dogmática construida desde la idea y configuración del derecho como ciencia normativa. En ese plano aparece la política criminal, que obedece al planteamiento del poder y del Estado, que plantea y cuestiona ámbitos que forman parte de derecho y que parten, precisamente de que el código penal es la regla y desde esa posición se establece una delimitación propia. Así, la política criminal pretende conseguir las posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales<sup>56</sup>. A su vez, la política criminal, que forma parte de las ciencias políticas – que puede caer en las generalizaciones de ser historia y periodismo-, establece una relación de la política criminal con la criminología y ahí aparecen referencias a autores como Kaiser, Göppinger, Sieverts o Würtenberger. Igualmente, en sus razonamientos apelan a la historia del derecho y al derecho comparado a los efectos de justificación de la separación de la criminología. En definitiva, nos situamos ante una concepción ideológica y política. En este mismo ámbito se sitúa la relación del Estado con el ordenamiento y con las rupturas del mismo y se habla de la función del Estado, que no es otra que hacer justicia.

Al establecer la relación del delito y del delincuente en el Estado, la dialéctica acción-reacción se produce y, el tránsito inicial del Estado liberal de derecho va pasando a Estado social de derecho y, en consecuencia, se desarrollan unas funciones acordes con su función en cuanto a justicia criminal. El derecho penal otorga valor al carácter jurídico estatal, por lo que hay unas normas y exigencias mínimas para garantizar principios básicos del individuo y reconocidos constitucionalmente.

El derecho penal va a tener en el ordenamiento constitucional unas funciones propias al otorgar significación al concepto de Estado, lo cual dimensiona la relación privado-público-intimo-secreto, pero, además la igualdad, la libertad y la seguridad. A partir de aquí aparecen apreciaciones variadas, que van desde las posturas funcionalistas, otras estructuralistas, otras dialécticas, otras alternativas y que recogen Roxin, Maurach, Welzel, Jescheck..., entre otros, donde aparecen más diversidad de criterios es el relativo a las teorías de la pena. Sin embargo, aparece una función destacada del derecho penal: la función de ordenación.

La dogmática va conformando sus delimitaciones en el concepto de persona y su dignidad, por lo que, desde su inicio recalca la humanidad en la intervención juridicopenal. A su vez, el derecho penal es un derecho tutelar, que presupone la ordenación a proteger y, en ese sentido aparece la subsidiaridad, que se completa con la racionalidad, la practicabilidad, la proporcionabilidad y la efectividad de la persecución penal.

La dogmática ha ido conformando unos modelos de aplicabilidad del derecho penal ajustados a la justicia penal –en un principio criminal y que se connotan con los

---

<sup>56</sup>Zipf, H. *Introducción a la política criminal*. Rev. Derecho Privado. Jaén.1979. 23

posicionamientos de la “defensa social”, y se van construyendo los límites de la <acción>, de la <tipicidad>, de la <antijuricidad> y hay más problemas al entrar en la <culpabilidad> y en la <punibilidad>.

No hay un concepto unívoco de culpa, sino que hay variedad y, por otro lado, connotaciones en función de origen, medio, proceso, causa y culpa. En ese sentido, aparecen desde su inicio los reproches de la culpabilidad moral frente a la culpabilidad jurídica, como pone de manifiesto Engisch o Maurach.. Además, hay una cuestión difícil de responder para la doctrina: ¿la culpabilidad se circunscribe al hecho aislado o hay una culpabilidad de conducta?.

A su vez, aparecen múltiples y variados marcos de significación de acuerdo al planteamiento conceptual: la culpabilidad psicológica, la idea de culpa de las distintas escuelas psicológica entre ellas las iniciadas por Freud y el psicoanálisis; al lado está el concepto normativo.

La dogmática nos sitúa la acción y entiende los efectos y los resultados de los actos y, en consecuencia, se plantea la responsabilidad. En ese sentido, aparece la culpabilidad como corresponsabilidad humana en la convivencia social. Es decir, nos adentramos en la relación entre culpabilidad y responsabilidad.

Otro aspecto en el análisis de la culpabilidad y sus problemas a la hora de se objetivización hacen referencia al mandato y prohibición del ordenamiento, ya que, metodológicamente, se procede desde la deducción y, ello, genera discrepancias en la concepción y en el desarrollo, aunque, como Grammatica, se parta de la “defensa social”.

Otra problemática de la culpabilidad está basada en el <autor>, en su situación, ubicuidad, actividad, etc., de ahí la relación de la culpabilidad y la prevención del delito y la acentuación en la responsabilidad, apelando a una función de garantía del mismo sistema. En ese sentido, se nos habla del marco unitario frente al diferenciador de hecho y autor.

La dogmática ha construido y determinado las conductas punibles, donde queda perfilado el delito respecto a la norma, por lo que se excluye un concepto <natural> del delito. Esta construcción del delito parte de que viene condicionado simbólica y materialmente por la cultura, que posee valores, normas, lenguaje, mundo simbólico, etc. En ese marco cultural y simbólico se desarrolla el derecho penal, que integra el quién puede dictar las normas de nuestro ordenamiento; qué conducta puede prohibirse; y como ha de estar constituida la norma penal.

### 3.1.-Funciones generales del derecho penal: la legalidad y la irretroactividad

El derecho penal forma parte del ordenamiento, pero, por su afectación de derecho privado y de derecho público y, sobre todo, por la significación del ius puniendi, el derecho penal cumple unas funciones básicas dentro del Estado, que desde la

perspectiva categorial podemos resumir en las siguientes funciones: 1) Fijación de conductas delictivas. 2) Ordenación y jerarquización de las conductas. 3) Defensa social .4) Garantía.

El ordenamiento jurídico tiene dos virtualidades: una es formal y otra material. Es decir, existe y se proclama, tiene presencia y vigencia, es ideal y real, es condición y circunstancia. Pero es, sobre todo, un factor que presenta incidencia en el plano subjetivo y en el plano objetivo. Este ordenamiento jurídico refleja y proyecta la vida social, su modo existencial de convivencia y conforma marco de la existencia y, también, las vivencias.

La fijeza, la claridad y la proclamación normativa refuerza la ordenación de la sociedad y da consistencia a las actuaciones de los individuos de la sociedad, que ven regulada su vida.

La modernidad de la Ilustración ha ido justificando las bases de cómo actúa el nuevo Estado liberal y, con el paso del tiempo, el Estado social y, posteriormente, el Estado del bienestar. El Estado, la sociedad, el mercado y el individuo van a encontrar nuevos referentes en la razón y la racionalidad, la libertad y la igualdad. Es aquí donde el principio de legalidad es un referente básico en el funcionamiento de la vida, no sólo política, sino social.

El principio de legalidad es el marco declarativo, formal y determinado del Estado. Es el primer requisito de la entidad, es el marco expresivo de la existencia y, desde esa dimensión de la legalidad es como va operar el nuevo estado: desde la ley. La ley por encima de otras ordenaciones y formatos. Es en la ley donde y como se van a desarrollar los derechos, los deberes, las obligaciones y las responsabilidades.

Los derechos, tanto objetivos como subjetivos tienen su propio y pleno desarrollo y vinculación y retroalimentación. Los derechos objetivos quedan proclamados en función de fines, objetivos y medios y, en ese sentido, hay que situar la creación de todos los repertorios de derechos en los códigos y procesos de codificación. Las fuentes del derecho se estructuran jerárquicamente y, en ese sentido, aparecen la ley, la costumbre, los principios generales del derecho y, colateral y como complementaria está la doctrina.

En ese mismo plano aparece el derecho subjetivo<sup>57</sup>, que ha tenido en la doctrina un doble tratamiento: la denominada doctrina negativa, que representan Duguit o H. Kelsen, que resaltan que el derecho es el derecho objetivo y formalmente conformado; y, por otra parte, los defensores del derecho subjetivo, tanto dentro del marco del derecho objetivo como fuera del marco del derecho objetivo. Los defensores del derecho subjetivo parten del derecho como poder de voluntad (Windschiel), o del interés protegido (Jhering) y, luego, aparecen doctrinas mixtas (Jellinek o Ferrara). Los aspectos que inciden en el plano del derecho subjetivo son la pertenencia, el dominio, la condición y la protección. Para tratar el derecho subjetivo hay que partir de sujeto de derecho y de la “personalidad” (física o moral como asociaciones en sentido lato y fundaciones). Para establecer un visión del enfoque del derecho subjetivo, la doctrina ha presentado unas taxonomías basadas en el objeto (personales, reales, de crédito o de

---

<sup>57</sup>Dabin, J. *El derecho subjetivo*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955, 15

obligación e intelectuales), en derechos individuales y corporativos, en derechos egoístas y derechos-función. Así mismo, hubo en la doctrina la construcción de uso de los derechos subjetivos, donde aparece frente al uso el abuso de tales derecho y, paralelamente el control, donde surge el tema del plano jurisdiccional.

El ordenamiento jurídico es formal, está declarado y conforma la vida social, que involucra todo y de forma más definida el derecho penal . Aquí aparece lo que conocemos con el principio de legalidad.

La tipicidad es la constatación del principio de legalidad y rearma el planteamiento y aplicación del derecho penal. El tipo es la descripción legal de los elementos objetivos y subjetivos que fundamentan la prohibición penal de una conducta, y que la diferencian de otras conductas igualmente típicas.

La tipicidad pone de relieve el ordenamiento, la norma y la conducta. Representa un mandato jurídico estatal, ya que establece una fijación, ya que nadie puede ser condenado sin que exista una ley que lo determine. En ese sentido, hay que destacar que la ley penal tiene una elaboración, una proclamación y una formalidad específica. Se busca la objetividad, la publicidad, la obligatoriedad, la generalidad y la neutralidad.

La tipicidad es analizada al lado de la antijuridicidad, aunque ésta no es un concepto exclusivamente del derecho penal. La tipicidad y la antijuridicidad, sin embargo, son dos categorías del delito claramente diferenciadas e independientes.

El tipo es una categoría puramente descriptiva, es lo que la ley establece y define como delito o falta. La tipicidad marca y delimita. Es a través de la tipicidad donde se señala el bien jurídico protegido

La tipicidad, que es la ley, funciona como referente, y en su relación con la conducta es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Cuando se le aplica al Derecho penal puede ser entendida desde dos perspectivas diferentes: a) en el plano formal la antijuridicidad expresa la contrariedad de una conducta a derecho, lo antijurídico es lo contrario a lo establecido en la norma; b) en el plano material la antijuridicidad expresa el fundamento, la razón por la que una determinada conducta está prohibida o es desvalorada por el ordenamiento jurídico.

El principio de la legalidad es un principio general, pero en la aplicación del derecho penal es especial, ya que establece una canalización jurídica propia y, en ello, se excluye la selección irregular y deformante de lo que es la descripción de los tipos. En ese sentido, aparece la crítica a ciertas generalidades que hacen extensión de faltas al lado de los delitos.

Si el principio de legalidad como mandato es una base del Estado, en el plano penal hay unas determinaciones específicas a través del código penal. No hay razones de oportunidad, sino de legalidad, lo cual sitúa a la ley penal en unas consideraciones y valoraciones muy determinadas dentro de la normatividad del Estado.

La antijuridicidad expresa la contrariedad de una conducta con relación a un derecho, por lo que sería formalmente antijurídica si tal conducta es contraria a las normas establecidas. Pero, en el sentido material, la antijuridicidad expresa la base o el

fundamento por la que una conducta está prohibida por las normas. En la concepción clásica la antijuridicidad en el delito tenía sólo elementos objetivos. En la corriente neoclásica se admitió la presencia excepcional, junto a los elementos objetivos, de elementos subjetivos del injusto en algunos tipos delictivos. Pero la corriente causalista siguió considerando el contenido de la antijuridicidad esencial y fundamentalmente objetivo. Sin embargo, para el finalismo se exige la antijuridicidad de una conducta la concurrencia junto con el desvalor del resultado el desvalor de la conducta (dolo, imprudencia y otros elementos anímicos y circunstanciales).

En definitiva, la tipicidad es la adecuación de un hecho a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Es en la ley donde se referencian las conductas. La antijuridicidad es un juicio negativo, donde se establece una relación de ajuste de norma-conducta. Y la antijuridicidad es el juicio de desvalor de la conducta con relación a una ley. De esa relación van aparecer unas estructuras del tipo tanto en los sujetos activos como en los sujetos pasivos, en las acciones y en los resultados, y así, se pueden diferenciar los delitos unisubjetivos o plurisubjetivos, delitos comunes y especiales, delitos de mera conducta o de resultado, delitos simples, compuestos, mixtos y habituales, delitos de lesión y de peligro, delitos de consumación normal y de consumación anticipada, delitos uniofensivos y pluriofensivos.

Este Estado de derecho construye el derecho penal de acuerdo a unos principios cualitativamente significativos en esa relación privado-publico, subjetivo-objetivo, particular-estatal. De ahí, el principio de legalidad, pero, igualmente, la identidad del individuo, su personalidad y, en esa relación operan unos principios que se incardinan en valores que son tratados en función de la humanidad, de la justicia y de la equidad, pero, igualmente, desde la legalidad. Nos referimos a la irretroactividad de las leyes penales. Nadie puede ser condenado sin que existe una ley, pero, tampoco, puede aplicarse una ley hecha para una acción cometida con anterioridad a la misma.

El principio de irretroactividad, siguiendo a Jescheck y a Maurach, es la expresión jurídicopenal especial del principio general del Estado de derecho, según el cual las intervenciones gravosas en la esfera jurídica individual han de ser previsibles y apreciables. Se deriva del concepto de seguridad jurídica. Este principio de irretroactividad se refiere solamente a las normas penales de derecho sustantivo

### 3.2.-Funciones particulares y fundamentales del derecho

Al plantearnos las funciones particulares y fundamentales del derecho penal hay que observarlo desde la modernidad y dentro del ámbito jurídico. No es posible analizarlo desde la perspectiva filosófica, desde la perspectiva ética, desde la perspectiva del <arrastr>histórico, como si la herencia no sea vinculante, sino aplicable. No se trata de eludir o de excluir algo que se entiende como antecedente, sino de incluir en función del nuevo marco: empírico, teórico-hipotético, referencial y aplicado científicamente.

La orientación del derecho en la modernidad se encamina dentro del marco relacional del Estado, del mercado, de la sociedad y del individuo. Hay un encuadre epistemológico, ontológico y metodológico propio, donde queda definida la relación

como variable científica. Es la relación jurídica. Esta relación jurídica, desde el plano conceptual, es el vínculo surgido por las acciones realizadas con uno mismo, los otros, el Estado, etc., con una salvedad cualitativa: el supuesto normativo o el principio de legalidad.

El principio de legalidad fundamenta el Estado de derecho y, en ese marco, se desarrolla las normas, las decisiones y el orden concreto, donde el derecho se enmarca en funciones nuevas al derecho, que en el derecho penal hay una función preventiva y, represiva.

Hay, desde la modernidad, partiendo del principio de legalidad, una nueva función general del derecho: función política, donde se establece y se considera el régimen jurídico. De ahí la funciones jurídicas del Estado, que se refuerza a través del derecho en todos los ámbitos: el legislativo, en el ejecutivo y la administración y en el ámbito judicial.

A partir del desarrollo del Estado de derecho hay todo un sistema donde el derecho se configura en sí mismo con unas funciones muy determinadas:

- Funciones de unidad
- Funciones de organización
- Funciones de fundamentación
- Funciones de limitación
- Funciones de garantía

Hay, pues, un nuevo escenario con unos actores sociales, donde cada quien tiene su papel, su vinculación, su obligación, su derecho, su deber y su responsabilidad. Hay que observar, pues, las relaciones.

Esta relación puede ser individual, pero, al mismo tiempo es jurídica y otras son sociales, que es cuando hay relaciones extrajurídicas. La relación jurídica implica vínculo intersubjetivo. Hay, pues, una estructura formal y material con estructura lógica y sustantiva, como señala Kelsen<sup>58</sup>, donde hay unos elementos tales como una norma jurídico positiva, elementos personales activos y pasivos, hay elementos objetivos, hay elementos causales, elementos formales y elementos materiales.

La argumentación y racionalidad con la consiguiente aplicación y visibilidad del derecho ponen de relieve el significado de lo jurídico, que relaciona la norma, el sistema jurídico y el orden jurídico.

De hecho, desde la modernidad se va construyendo e institucionalizando una manera de encarar el derecho, superando visiones de uso que quedan anticuadas, por ser tratadas desde los enfoques históricos y filosóficos, sin tener en cuenta los nuevos derroteros del saber y del conocer, propios de la ciencia. Así, se pretenden observar las aportaciones de los diferentes teóricos, donde se delimitan los objetos, las fuentes, las metodologías, etc. De ahí las metodologías jurídicas<sup>59</sup>, como referencias acumulativas del tratamiento científico del derecho

---

<sup>58</sup> Kelsen *Teoría del derecho*. UNAM. México. 1981. 22

<sup>59</sup> Walter W. *La metodología jurídica en el siglo XIX*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1980. 7

El derecho, siendo una metáfora nos sirve para describir una localización armónica de la vida social, que afecta al individuo, la sociedad, el mercado y el Estado y, a través del derecho se establecen marcos de unión, de armonía y de ordenación. De ahí que el derecho, cuando es justo pervive, dirige, hunde y vincula, aunque se presenta en unos lugares determinados con formas generales y especiales, en un tiempo y delimita la relación de lo objetivo y lo subjetivo.

Cuando opera el derecho hay vías para la paz social, para el consenso. Cuando se debate el derecho puede aparecer surgir una vía, que eluda el conflicto. El derecho tiene en si un valor en su propia dimensión de derecho positivo por su validez y por la lógica y argumentario lógico. Es decir, aparece un planteamiento material del derecho positivo y una lógica de actuación y, en su aplicación aparece la dogmática. Otra cosa son los ámbitos que se van consolidando en su operatividad, como por ejemplo la jurisprudencia, que va consolidando el “saber depurado”.

Aparte de la elaboración del derecho está la aplicación del mismo, pero, además está la doctrina, que surge de <fuentes> y de <referencias>, que han sido básicos en el uso del derecho y, aparte del tratamiento institucional, bien sea de los tribunales de justicia, bien sea del mundo académico, se van entendiendo, comprendiendo y explicando nuevos ámbitos.

En el escaparate histórico aparece Friedrich Carl von Savigny, que nos sitúa en que la historia aparece como fuente de conocimiento del derecho, es, pues, un referente y, a partir de ahí, establece una relación entre la historia jurídica y sistemática en la teoría, que tiene, a su vez, un predominio en la praxis. Hay, en ello, una relación con la costumbre y la ritualidad del antecedente. En ese sentido, se observa el uso del derecho y la aplicabilidad y generalidad del mismo. A su vez, hay que destacar, que en el tratamiento del derecho aparece el método histórico. Aquí radica el peso legitimista de la Escuela Histórica

Conectada dentro de esa escuela histórica hay que destacar el encuadre del derecho con la dogmática “organicista”, donde destaca Georg Friedrich Puchta, que va del historicismo jurídico a la jurisprudencia de conceptos, que resalta la productividad de ciencia jurídica como doctrina. En este marco aparece la relación entre jurisprudencia y conceptos haciendo una abstracción de los hechos y colocándolos como simple casuística o almacén de hechos.

En ese escaparate histórico la aportación de Carl Friedrich von Gerber y Rudolf von Jhering aparece el método jurídico, que reafirman el carácter autónomo de una actividad que es universal y, aunque contradictoria, concreta, reafirmando la automatización del derecho en el ámbito privado y en el ámbito público, que desemboca en la <construcción jurídica>, que en Jhering se encamina a una interpretación del método jurídico natural.

Es el derecho el que otorga legitimación en toda su ampliación a todos los actores de la vida colectiva, a través de la generalidad de la norma, que afecta directamente a los miembros de la sociedad determinada

### 3.3.-Seguridad y normalidad del grupo social

La función tutelar del Estado se manifiesta en mantener un orden social acorde con el principio de legalidad, que se presenta con un ordenamiento jurídico propio y que es asumido por la sociedad. De ahí la persecución del delito.

La seguridad es una de las características más sobresaliente del Estado. proyecta y refleja la cohesión del grupo social. Conforman las actuaciones de los individuos. La seguridad y la normalidad son los elementos que sirven para poder desarrollarse el individuo, el Estado y la sociedad. Con independencia del consenso, con independencia del conflicto, la seguridad implica base, confianza y referencia.

Esa seguridad se asienta en el principio de legalidad, que, desde el derecho, nos adentra en la <vigencia>, que es un término básico en la interpretación del principio de legalidad y es fundamental para el derecho penal, que tiene competencialmente el ius puniendi.

Territorio, población y organización con un Estado son los tres elementos que viven acordes con una normativa determinada, que regula y expresa su propia figura y su identidad. Es decir, hay una regulación. En toda sociedad hay normas y reglas y las acciones de los individuos están encuadradas en ese marco.

Al producirse la ruptura en ese marco aparece la desviación o el delito, que tiene conceptualmente puede ser presentado de modo material o formal, que el delito como tal es una definición y que los límites jurídico constitucionales obedecen a cada Estado, que en nuestro contexto es obra del poder legislativo, que se completa con los otros poderes, ejecutivo y judicial.

En el acercamiento analítico al delito aparece de forma empírica la lesividad social. El delito produce efectos en el “otro”, por lo que hay una relevancia del concepto material del delito para la vigencia de la norma y de ahí la gradación, que se hacen de los delitos frente a las faltas.

La seguridad y la normalidad conllevan perseguir el delito y sólo de esta forma el derecho penal, dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, cumple con la función tutelar. Conviene, dentro de esta concepción que ante el delito, como antes ante el crimen, hay que diferenciar los hechos de las opiniones, la atmósfera de creencias y los estados de opinión pública, que pueden generar incertidumbre, inquietud, alarmas, miedos y terrores, que visibilizan demandas, que no siempre coinciden con la realidad. En ese sentido, hay que señalar que en un Estado de derecho la aplicación del mismo está reglado y la persecución penal está institucionalizada con jurisdicción autónoma y tiene que ser selectiva y objetiva.

Sólo de esta forma se realiza el Estado de derecho. Para el derecho penal la tarea se completa con el proceso penal y la formación del procedimiento, donde se parte de la <tutela jurídica efectiva>, que se formaliza en dos partes claramente diferenciadas: la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de la pena. Como consecuencia del delito la pena opera como función procesal equivalente.



El Estado funciona amparado en el principio de legalidad, que se convierte en el fundamento del derecho penal. En ese marco, se inscribe la previsibilidad de la reacción estatal ante las conductas y se elabora una definición y determinación del delito. Hay, pues, una conexión entre lo político y lo jurídico, donde el principio de legalidad es el fundamento, que tiene como exigencias de ese principio de legalidad la reserva de ley y la prohibición de la analogía, así como la prohibición del derecho consuetudinario y la prohibición de retroactividad.

Hay, pues, basándose en el principio de legalidad, el ajuste a una técnica legislativa que actúa en el ordenamiento jurídico, ya que hay una exigencia de determinación de la ley penal<sup>60</sup>.

En el marco de la seguridad y de la normalidad se observa la prevención del delito. En ese sentido, el derecho penal tiene una función preventiva, que ha sido profundamente estudiada y se establece una relación entre la realidad social y la realidad criminal, donde se han volcado diferentes explicaciones teórico-formativas del delito.

Sin embargo, pese al planteamiento del principio de territorialidad del derecho penal, en nuestro tiempo hay otras tendencias como la globalización, que hacen que la comparación de la normativa se ajuste, ya que aparecen nuevas figuras delictivas que rompen con el statu quo y es preciso ajustarse a las directrices de otros actores sociales como las Organizaciones Internacionales (UE, ONU, etc.).

El desarrollo de la modernidad con la sociedad democrática, el Estado de derecho, el desarrollo de la libertad e igualdad en su dimensión individual y social ha ido parejo del desarrollo institucional y adecuación del sistema jurídico en su doble plano: el normativo y el real. Que la realidad y la normatividad estén en conjunción es una de las características de identidad del sistema.

La normatividad penal ha sido objeto de especial atención, por esa necesidad de seguridad y normalidad del grupo social, que se expresa en la justicia penal a la medida del ser humano, y, de ahí, las referencias y los referentes comparados, el reconocimiento de los derechos y determinación de la determinación del hecho. Es obvio que hubo un desarrollo sistemático y paulatino de las adecuaciones del derecho penal a los nuevos tiempos y, en consecuencia, se presentan más que como avances, niveles de evolución, donde la doctrina, la política a través de los representantes públicos, el poder judicial y los profesionales manifestaran sus criterios y sus afectaciones. Por otra parte, en un primer momento la europeización y, posteriormente, la globalización funcionan como interrogantes, como estímulos y como enigmas a resolver y, en ese sentido, hay nueva incorporaciones.

El desarrollo del derecho penal y su aplicación nos lleva al derecho penal individual, al valor de la diferencia, al carácter supraindividual de los delitos colectivos, de las vías especiales para el derecho penal colectivo ante los retos de la criminalidad transfronteriza.

Es decir, el principio de legalidad, que ofrece estabilidad y seguridad se encuentra en una situación de evolución e incorporación de las nuevas figuras. Si aquel derecho penal

---

<sup>60</sup>Madrid Conesa, F. *La legalidad del delito* Universidad de Valencia.1983.22

liberal pretendía unas garantías, éstas han sido evaluadas en la fase del derecho penal social y, en la actualidad, en el de bienestar, aunque ahora aparece la incertidumbre del “riesgo” y la presencia de ámbitos teóricos que plantea la sociedad del riesgo, donde los individuos pasan por nuevos marcos de referencia.

Sin embargo, el principio subsiste y el principio de legalidad es el signo diferenciador y base para el desarrollo del grupo social y su poder constituido. Gracias al principio de legalidad nos adentra en la prohibición de la indeterminación, pero nos advierte, igualmente, de la provocación de los delitos de peligro abstracto, por lo que se reafirma lo concreto y, se huye de esa visión ficcional del peligro abstracto y, en ese mismo contexto, la prohibición de la analogía.

Ante la incertidumbre y el riesgo, el funcionamiento del principio de legalidad ha prevalecido, lo cual refuerza la seguridad en todos los frentes, aunque se ha desarrollado en la doctrina unas aportaciones al derecho penal del principio de <precaución>, que trata de dar respuestas a determinadas hipótesis que se plantean los teóricos de la sociedad del riesgo. Ese principio de precaución, que no tiene una conceptualización jurídica y que es abstracto y es indeterminado, por lo que genera a priori desconfianza, se sitúa ante las “consecuencias” de determinadas acciones y ante la “naturaleza” como base y sostén de la humanidad, lo cual afecta a ámbitos sustantivos, materiales, funcionales y especiales. La apelación a ese principio se incardina dentro del marco de la prevención y proporcionalidad, y funciona como respuesta y como instrumento de control y limitación razonable del riesgo. La dogmática ha dado respuesta general y especial a cada una de las situaciones y a los tipos, pero, en el caso que en el caso del peligro se ha elaborado todo un marco teórico sobre la peligrosidad, la imprudencia y la responsabilidad.

Por otra parte, se ha desarrollado, igualmente toda una corriente de pensamiento la corriente conocida como el derecho penal simbólico, que ha tenido aportaciones en el plano de la interpretación

Las tendencias actuales siguen las líneas previstas donde se discute el ius puniendi, donde hay una autoafirmación del rol instrumental del derecho penal, donde se observa los límites, donde se busca la efectividad y, para ello, se plantean y se revisan la prevención y la represión

Partiendo del principio de legalidad el desarrollo del derecho penal se basa en la potestad punitiva del Estado que ofrece seguridad y estabilidad normativa y real a sus habitantes, que pueden delinquir. De ahí la perspectiva del derecho penal: subjetivo y objetivo

Este derecho penal tiene unos principios informadores<sup>61</sup>, como son el principio de legalidad, que avala nuestra Constitución de 1978, la <garantía> y la <reserva de ley> con la taxatividad y la irretroactividad; la seguridad jurídica, que viene perfilándose en la doctrina; el principio de legalidad y la potestad sancionadora de la Administración, que pretende desarrollar dos principios, la capacidad de autotutela y la función de la potestad punitiva; principio de intervención mínima ; y la autonomía y publicidad del derecho penal (la última ratio y el principio de subsidiariedad).

---

<sup>61</sup> Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; Prat Canut, M. Curso de derecho penal. Parte general. Aranzadi. Madrid.2002.26 .

Sin embargo, la ley penal, que tiene vigencia en un lugar y tiempo, hay que interpretarla, lo cual nos adentra en el ordenamiento jurídico que nos señala cuatro modalidades de interpretación: literal lógica, histórica y sistemática. Otras modalidades nos lleva a unas interpretaciones laxas o estrictas. Otras a lo normativo en su dimensión dinámica o estática. Otras nos introducen en las interpretaciones auténticas, doctrinales y judiciales. Otras se fijan en el contexto y van de lo extensivo y lo restrictivo, sustantiva o adjetiva, teleológica o medial... Pero, en todo caso hay que partir del <principio pro reo> y la <presunción de inocencia>. Por otra parte, en derecho penal se rechaza la <analogía> como interpretación. Sin embargo, ese rechazo genérico tiene limitaciones y matizaciones como en el caso de la admisibilidad “ad bonam partem”. Pero también hay que observar la visibilidad de la aplicación de la justicia y, en ese contexto, pueden aparecer <direcciones> y <sentidos> equívocos en la aplicación de una norma cuando hay diferenciación y desigualdad en la apreciación y valoración de los hechos, por lo que, rechazando la analogía en el plano penal, en el plano de la comunicación social hay una atención a la misma en función de las semejanzas, las similitudes, las homologaciones y las comparaciones, que producen valoraciones sobre la misma justicia.

La analogía ha tenido en el pensamiento un uso y, en ese sentido, desde los sofistas, pasando por Platón y Aristóteles han expresado el logos en esas formas, al igual que las ratios posteriormente en el mundo latino-cristiano. A lo largo de la historia el concepto de analogía ha sido instrumentalizado como concepto y como argumento, siendo utilizada de forma estática y dinámica y puede ser usada en forma vulgar, en las matemáticas y en el plano filosófico, comunicativo y literario

#### 4.- MARCO HISTÓRICO DE REFERENCIA DEL DERECHO PENAL

El plantearnos el marco histórico es para situar el proceso y desarrollo que ha recibido el derecho penal en la modernidad. El recurrir a la historia es para situar el proceso y la evolución. Hay una forma de entender la historia como <acontecimiento y relato>, con sus sistemas de fuentes. Y, a lo largo de la historia en cualquier sitio y tiempo se aplicaron unas normas que regían en cada uno de esos lugares. Normas que servían para legitimar o deslegitimar acciones, se premiaba o se castigaba. Pero, después de la Ilustración y con la modernidad, hay otros referentes (hechos) y otras referencias (ideas), que producen una ruptura con relación al tiempo inmediato anterior.

Las revoluciones política, económica y científica ha producido sus efectos y hay un cambio cualitativo en los significados, alcanzando éstos nuevos sentidos y direcciones, que afectaron en su totalidad. Sin negar la tradición se le da el valor que tiene, pero se inician los cambios y, entre ellos, la sustitución del derecho divino de los reyes por el derecho proclamado por los representantes de los ciudadanos.

El derecho penal ha empezado a conformarse a partir del principio de legalidad. No puede ser concebido fuera de ese marco, ya que, en sí representa, no sólo la imagen o figura del nuevo sistema, sino que se adentra en que hay un orden establecido. En ese sentido, sin entrar en otras consideraciones se señala que el Derecho penal (ius penale) es el conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delitos asocian penas o medidas de seguridad y corrección<sup>62</sup>. Esta es el posicionamiento que surge en España a finales de la década de los sesenta, donde el derecho penal regula la potestad punitiva (retributiva y preventiva del Estado), el poder jurídico.

Esa construcción del derecho penal se ha ido conformando en todos los estados de nuestro entorno, donde el delito se identifica con la infracción<sup>63</sup>. Estas infracciones son contrarias al orden establecido y esta es la visión e interpretación existente en Europa. En nuestro sistema se ha reiniciado una construcción dogmática asentada en una visión alemana de la acción, aunque introduce elementos modificativos en función de la situación, condiciones y factores internos y externos

Una cosa es el delito y otra es la infracción. ¿Cómo se delimita, desde el principio de legalidad, el delito y la infracción? En ello va el desarrollo de la objetividad, la publicidad y la afectación. Este es el discurrir del planteamiento teórico y aplicado del derecho penal en España y en los países de nuestro entorno. En Europa, como en Francia o Italia, se parte de dos elementos: 1) la infracción 2) el ejercicio<sup>64</sup>. En ese marco se encuadra lo ilegal y el ejercicio ilegal, las condiciones sancionables, las infracciones y las obligaciones, todo en función de la relación entre ordenación y conducta

El derecho penal en España ha tenido un discurrir propio, donde hubo influencias y afectaciones desde adentro y desde afuera, desde el marco de la epistemología y desde la ontología. A modo de repaso, desde la Ilustración se ha ido conformando un modo sistemático de observar el delito y la delincuencia, el crimen y el delito y, en consecuencia, el derecho penal.

---

<sup>62</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Civitas. Madrid.1977.11

<sup>63</sup> Veron, Michel. *Droit pénal special*. Masson. París. 1976.17

<sup>64</sup> Cabrillac, Michel y Mouly, Christian. *Droit pénal de la banque e du crédit*. Manson. Paris.1982.20

La Ilustración en España ha tenido también seguidores y, generalmente, hubo exageraciones en la aplicación de arrastre sobre el alcance y el significado que el derecho penal iba teniendo en nuestro marco o contexto europeo, pues, aunque se señala a Lardizabal o de Pacheco, lo cierto es que Jovellanos, Menéndez Valdés, Salillas o Dorado Montero..., donde apuntan el valor preventivo de la ley, el problema de la igualdad de las penas, la realidad de las circunstancias modificativas, la abolición de la ley del talión (ojo por ojo), la pena como seguridad de los individuos...y tantas otras cuestiones, que irán recibiendo diferentes modalidades de respuestas.

Es obvio que, desde la perspectiva de ordenación académica, hay un esfuerzo por unificar criterios y establecer un marco, diremos, canónico<sup>65</sup>. A partir de ahí se produce la unificación de criterios de la doctrina en su conjunto, el planteamiento institucional judicial y el propiamente académico.

Hay un proceso abierto en el Estado y en la sociedad en la plasmación de esta nueva configuración del derecho penal, teniendo en cuenta, además, los cuatro agentes en la nueva situación:

- 1) Estado
- 2) Sociedad
- 3) Mercado
- 4) Individuo

Con relación al Estado, aceptando y partiendo de la división de poderes, como otro pilar del nuevo Estado de derecho (legislativo, ejecutivo y judicial), hay que señalar que el Estado es el actor formal, donde se diferencian cuatro subsectores: el plano <institucional>, en ese sentido la Justicia se pronuncia en nombre de algo; el plano de la <dirección>, en ese sentido hay políticas orientadas a fines concretos y elecciones determinadas en función de objetivos, de metas y de finalidades; el plano de la <administración>, lo cual nos indica la formalidad y los signos, ahí encontramos la administración de la justicia, entre otros; y el plano de la <gestión>, donde aparece el tratamiento con la ciudadanía. De este modo queda incardinado un ordenamiento jurídico y una cohesión, que es jurídica, política y social.

Con relación a la Sociedad, hay que señalar que es el conjunto poblacional que habita un territorio. Aquí se libran debates significativos que hacen referencia al lugar, al tiempo y a la relación. En ese sentido se van confirmando los principios de personalidad, de territorialidad y de identidad. En el plano de justificación y explicación aparecen las delimitaciones de <ciudadanía>, <pueblo>, <patria> o <nación>. De hecho, la herencia del planteamiento romántico alemán con Herder como referente identificaban a nación por los rasgos propios y comunes de “etnia”, “lengua”, “cultura”, “pasado histórico”, “nos”/(otros) y el “devenir” y, en ese sentido, determinando la nación se fue hacia la asimilación de Estado-Nación, y es cuando en Europa aparecen las Naciones sin Estado y el consiguiente conflicto, unos veces manifiesto y otros latente sobre la identidad. Igualmente, es cuando lo se determina los sesgos de la cultura de la identidad (frente a la identificación), que se basa en el <ius saguinis>, que se

---

<sup>65</sup> Barbero Santos, Mariano. *Política y derecho penal en España*. Tucar. Madrid.1977. 5; Sainz Cantero, José A. *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Bosch. Barcelona 1970,71; Serrano Gómez, Alfonso *Introducción a la ciencia del derecho penal* UNED. Madrid.1981.39

completa con el <ius soli> y, desde ahí, se aplica la pertenencia, la procedencia y la referencia, que tiene un peso determinante en la aplicación del derecho.

Con relación al Mercado hay un vuelco completo en su realización: organización, producción, propiedad, competencia, concurrencia, mercado, distribución y consumo. La revolución económica, que se plasma en el mundo inglés con señeros personajes como Adam Smith, David Ricardo y que tiene su continuidad con la teoría liberal clásica y su rechazo y debate con el anarcosocialismo, el socialismo utópico, el marxismo y el socialismo real plantean la propiedad y la posesión, la producción y el consumo, la distribución, el mercado y la retribución. Hay un nuevo planteamiento y organización que sirven para el cambio que afecta a las opiniones, a las actitudes, los comportamientos y los ordenamientos legales que dan seguridad a ese nuevo marco.

Con relación al individuo este se convierte en centro en su doble sentido: hacia fuera y hacia dentro; es un sujeto de necesidades, de aspiraciones y de deseos y establece desde ahí su relación dialéctica con la satisfacción, el logro y la estabilidad. El uso de la libertad, el planteamiento de la racionalidad sea de medios o de fines, que se traslada desde Weber a la ética (ética de la responsabilidad y ética de la convicción).

Este nuevo escenario y nuevas coordenadas de existencia tiene su plasmación en el ordenamiento jurídico y, desde la perspectiva del derecho penal se ha ido configurando niveles de respuesta como hemos señalado. Hubo recepción de las corrientes europeas y así se encuadra la obra de Toribio Núñez (1776-1834) en el utilitarismo. Luego, en España ha habido cultivadores de la escuela clásica y de la escuela positiva y, también pensamiento ecléctico. Dentro de la corriente clásica hay que situar a Marcos Gutiérrez con su obra “Práctica criminal de España”<sup>66</sup> o a Joaquín Francisco Pacheco<sup>67</sup> (1808-1865) (Dorado Montero, 1916, 5) o a Luis Silvela. En el positivismo a Rafael Salillas (1854-1923) y su “Evolución penitenciaria en España”<sup>68</sup>, a Mariano Cubí y Soler (1801-1875) y a Constancio Bernaldo de Quirós (1873-1959); dentro el correccionalismo a Giner de los Ríos (1839-1914), Concepción Arenal (1820-1899) Ramón de la Sagra, a Pedro Dorado Montero (1861-1919).

Al revisar la historia se observan el cómo se ha ido dando respuestas a los temas que, con el cambio se convierten en tipos penales, donde esos temas ponen al descubierto la comisión y represión y su tratamiento desde la crueldad y publicidad hasta el escarnio, la ejemplaridad o el simple antecedente<sup>69</sup>. Posteriormente se observa el nuevo marco de reformas con el movimiento reformista, donde se destaca, como venimos señalando a M. De Lardizabal y su “Discurso sobre los delitos y las penas”.

Con posterioridad el estudio y la preocupación continúa en una perspectiva teórica, aplicada y normativa, que puede ser interpretada como corriente pragmatista. En ese sentido hay que recordar a Quintiliano Saldaña (1878-1938). Otro de los autores es L. Jiménez de Asúa, otro es Manuel López Rey

---

<sup>66</sup> Marcos Gutiérrez, José. *Práctica criminal de España*. Madrid. 1806. 6

<sup>67</sup> Dorado Montero, P. “*Idea de algunos antiguos escritores españoles sobre la prevención de los delitos*” en *El Derecho protector de los criminales*. Madrid. 1916.

<sup>68</sup> Salillas, Rafael. *Evolución penitenciaria en España*. Madrid. 1918. 10

<sup>69</sup> Tomás y Valiente, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta*. Ariel. Barcelona. 1969; Galo Sánchez. *Curso de Historia del Derecho* Madrid. 1960.

La plasmación de las corrientes tuvo diferentes frentes y, desde la perspectiva política hay que señalar el movimiento codificador en España donde hay aportaciones significativas desde la crítica de Joaquín Francisco Pacheco o del Padre Jerónimo Montes Luengo (1865-1932), que ha escrito sobre “Los precursores de la ciencia penal en España”, “Estudios de la delincuencia y las causas y remedios del delito”, “Las penas corporales”, “El arbitrio judicial”, etc.

Con la guerra civil en España se produce una ruptura en esa evolución hasta que en la década de los cuarenta y cincuenta se empieza a recomponer el tratamiento por los cauces académicos e institucionalizados de la doctrina y destacan nombres que se enmarcan dentro de la dogmática jurídica con José Antonio Oneca, Juan del Rosal, Antonio Quintano Ripollés, José María Stampa Braun, José María Rodríguez Devesa, José Arturo Rodríguez Muñoz, que ha seguido su cultivo en autores J.M. Navarrete, M. Cobo, del Rosal, J. Córdoba Roda, J. Barbero Santos, J. Cerezo Mir, E. Gimbernat, García-Pablos Molina, Cuello Calón, Rodríguez Mourullo, Bajo Fernandez, Muñoz Conde, Luzón Peña... o Gerardo Landrove

Es obvio que hubo cultivadores en función de tendencias y así, al lado de la corriente dogmática y causalista, aparece la finalista, la corriente de defensa social, la tendencia histórico-dogmática, la corriente criminológica.

La plasmación de estas orientaciones que ha tenido canales propios de visibilidad. En ese sentido aparecen las obras divulgativas a través de <manuales>, <tratados> y <compendios>, <lecciones>, <introducciones> que se complementan en comentarios y publicaciones en Anuarios. Luego las <monografías> Hubo canales propios, bien sean los docentes, bien sean los modelos de divulgación, sea académica, judicial o simplemente institucional.

La sucesiva aparición de los distintos códigos penales pone de relieve la presencia del interés en la regulación y aplicación del derecho:

- 1) Código de 1848
- 2) Código de 1850
- 3) Código de 1870
- 4) Código de 1928
- 5) Código de 1932
- 6) Código de 1944
- 7) Código de 1963
- 8) Código de 1973
- 9) Código de 1995
- 10) Código de 2015 (Sigue siendo el del 95 con la reforma)

Lógicamente los distintos Códigos han sufrido en su vigencia modificaciones, bien suprimiendo o bien incorporando aspectos, ámbitos, tipos, definiciones, etc. Todo ello nos indica que el derecho penal es un asunto que afecta al Estado, a la sociedad, al mercado y al individuo. Es un ámbito que encierra ideales e intereses y los distintos agentes y actores se sienten concernidos.

Los cambios hay que situarlos en la armonización de los ideales y de los intereses y, el tratamiento científico, no puede reducirse al marco técnico, ya que la técnica es medial y no científica, de ahí la necesaria ponderación en que requiere el derecho penal, que es

derecho –ciencia normativa- y no es reducible a <política> y, tampoco a <organización>.

#### 4.1.-Doctrina, fundamentación y teoría en la aplicación del derecho penal

El derecho en general y el derecho penal en particular tienen una misión determinada, que podemos presentar como una de sus funciones: la paz social. Por ello, se observa el orden-ordenamiento y el cumplimiento de los individuos.

Desde la perspectiva científica, hay que delimitar el objeto de estudio, que en las ciencias normativas pasa por contestar a unas preguntas existenciales: ¿cuál es el orden jurídico y el orden social? ¿Qué percibe el individuo del mundo en que vive?. ¿De qué manera la existencia individual tiene efectos para los demás? Pero, ¿con qué conceptos se expresa la relación de las acciones de los individuos? Es decir, nos encontramos con la variable relación, que va más allá que la información, más allá que la comunicación, más allá que el conocimiento, ya que hay consecuencia, efectos y resultados.

La perspectiva científica pasa por la conducta, que es el elemento nuclear de la actuación y de su significado social y, también elemento nuclear del orden jurídico. Derecho subjetivo y derecho objetivo.

Ríos de tinta han encerrado los posicionamientos filosóficos, que se justificaban desde formas de entender ético y político hasta la irrupción de la ciencia y el derrumbe explicativo de la metafísica, la política y la ideología.

Esta dimensión científica se adentra y pasa por percepción, tanto subjetiva ( qué es lo que veo, pienso, siento y quiero) y por la percepción objetiva (cómo me presento, qué delato, qué manifiesto. Es decir, <conciencia> y <conducta> encierran y explican las referencias y el referente de las actuaciones de los individuos, que, desde la óptica jurídica, se individualizan en acciones.

¿Cómo es la conducta? ¿A qué se ajusta? Aquí aparece la idea y concepción de orden. Todas las sociedades están organizadas con normas y valores. Y la pregunta es, ¿cómo están organizadas? Aquí es donde se debaten los posicionamientos epistemológicos y ontológicos. ¿Desde un posicionamiento natural o desde otro consensual o convencional y de política criminal? Es decir, desde la naturaleza o la convención –y por extensión convicción-.El problema es que sólo entran dos elementos en juego, el individuo y el Estado. ¿Dónde y cómo situar el mercado y la sociedad? ¿Qué es la legitimación y la legitimidad?

Repasando la historia del pensamiento desde finales de la Edad Media y, sobre todo, en el Renacimiento, se centra uno en la <Naturaleza>, que designa la totalidad, lo que es y tiene que ser, la realidad anímico-orgánica. Esa naturaleza se experimenta como lo profundo, lo poderoso y lo que es, por lo que hay un valor en sí mismo del término natural



El término natural y naturaleza es presentado como un concepto objetivo para pensar y obrar: ¿las conductas naturales? Desde aquí se desarrollaron las éticas, las políticas, las visiones sociales y, al amparo de esas visiones aparece desarrollado la versión del derecho natural como orden

La modernidad rompe con ese encuadre y plantea que el planteamiento <natural> es normativo y axiológico. Es decir, se adentra en que la acción individual, siendo humana obedece a fines y causas que van más allá del simple encuadre, donde lo sano, lo exacto, lo sabio y lo perfecto no coincide con lo natural.

Pero, además del modelo axiológico se derivan modelos de existencia diferenciada y, en ese sentido, hay diferenciadas valoraciones, donde se debate el ser y el deber ser, que tienen manifestaciones plurales frente a la concepción del concepto de naturaleza y de lo natural como algo último.

Pero el individuo es la unión de algo más: naturaleza y cultura (por no utilizar la clásica visión de alma y cuerpo).ello condiciona el sistema de fuentes de las ciencias normativas, en general, y del derecho, en particular. En ese sentido, las fuentes del derecho son: 1) La Naturaleza. 2) La Razón.

El derecho, como el resto de las ciencias normativas, como las filologías o la ética, se basan en planteamientos axiales de conexión, de convivencia y de implicación: extensiones naturales, comunicacionales (donde implica emisor-receptor) y relacionales. La Naturaleza puede ser considerada como lo absoluto y, hay otro discurrir que es integrarla desde la profundidad, pero, al mismo tiempo se relativiza. Todo ello tiene una repercusión sobre la identidad y ubicuidad de del Derecho.

Las racionalidades que se establecen no pueden ir contra o ser contrarias a la naturaleza ni a la razón. Para la visión clásica lo natural es cultural y para la visión positivista, la vivencia de la naturaleza se justifica por una vivencia cultural.

La naturaleza se considera la <verdad>. Otra cosa es la <realidad> y la <actualidad>. Hay en ello ideas de lo absoluto y lo relativo, lo misterioso lo real y lo posible. De ahí, el debate entre la verdad y la certeza. Con relación a la <verdad> hay que señalar que, en nuestro medio histórico-cultural, el término en hebreo se dice <emet>, que viene a ser la fiabilidad, el dejarse llevar o fiarse o dar por natural; en el mundo griego se tradujo por <aletheya>, que implica encuentro de esa fiabilidad, que ha sido tratada por los sofistas, por Platón y fundamentalmente por Aristóteles. En el mundo latino, Cicerón lo tradujo de forma dual: a) “vero” y de ahí viene la verosimilitud, lo que puede ser creíble, frente a “veritas”, que viene a ser la constatación de lo que es. La patrística, San Anselmo lo interpreta por “rectitud” y San Agustín le otorga una dificultad implícita, sosteniendo que la verdad es lo que es. Posteriormente, Santo Tomás, recogiendo el planteamiento aristotélico, nos adentra en la adecuación de pensamiento y cosa o realidad. Es a partir del Renacimiento, donde entra a relucir el nuevo enfoque de lo natural y la naturaleza y, en consecuencia, la verdad de las cosas y, en esa evolución el racionalismo plantea la armonía, el número y la razón, por lo que nos llevó a considerar la verdad con la evidencia. Luego, el empirismo nos adentra a otra visión del conocer por los sentidos y, en consecuencia, la percepción, la sensación y la emoción forman parte de las posibilidades de la verdad. En la postmodernidad se fracciona el concepto y la verdad se nos presenta desde el <dogma>, el <pragma> y <pragmatismo>.

lo <útil>, la <coherencia>... o <acuerdo> (Desde el planteamiento de la elaboración de las leyes estamos ante el acuerdo, el consenso).

En esa trayectoria se ha desarrollado frente a la verdad la utilización de la <certeza> y con relación a las acciones individuales, la autenticidad, que es una plasmación de la individualidad.

La historia nos va dejando las huellas de la aplicación humana en todos los frentes y, la concepción aristotélica nos adentra en la causa, el desarrollo y el fin y la perspectiva galileana de la ciencia añade la dimensión modal. Con ello se ha plasmado el saber filosófico hasta que irrumpe el saber científico que elaboró su propio marco de actuación, donde la acumulación es el referente y donde ese saber científico es empírico, es hipotético, es axiomático, es fáctico y es demostrable, lo cual implica que en la relación entre pensamiento y cosa hay certeza.

Verdad y certeza se colocan como marco de referencia y de referentes y, en consecuencia, todo un marco de operatividad, que las propias ciencias desarrollan.

Tanto para la verdad como para la certeza el derecho como ordenamiento afecta a una pluralidad de actores: Estado, sociedad, mercado e individuo. Desde la perspectiva del individuo aparece la conducta, que puede ser acorde con las leyes o no y ello genera disfunción, anormalidad y corrección.

Al Estado, tal como venimos comentando le corresponde operar como persona jurídica, como entidad material y formal, donde la legalidad es la base de su actuación

A la sociedad le corresponde la convivencia, la socialización y la legitimación de las acciones que se realizan en su seno

Al mercado le corresponde el desarrollo de intercambio de bienes, recursos y servicios, así como transferencias y usos

Desde la perspectiva de la relación del ordenamiento jurídico con el individuo asistimos a los derechos, a los deberes, a las obligaciones y a las vinculaciones y, desde ese ámbito se ha ido construyendo la dogmática

La base es el individuo<sup>70</sup>, considerado como persona, que tiene una herencia y, por lo tanto, su naturaleza y un medio ambiente y, de acuerdo a esas variables con relación al delito, se ha ido configurando una biotipología con sus correspondientes concepciones biológico-constitucionales

A ello se sumaron percepciones y deducciones de principios sobre el libre albedrío y el determinismo –posición que han defendido algunos- la imputabilidad o asignación de acuerdo a su etimología, y la responsabilidad, que viene de respondere, compuesta de re- spondere, que es prometer, pagar a su turno o a su vez. La imputabilidad es imputabilidad, es una relación entre el agente (causa) y el resultado (efecto).

---

<sup>70</sup> Codón, José María y López Saiz, Ignacio. *Psiquiatría jurídica penal y civil*. Aldecoa. Burgos.1951.20

Desde la perspectiva relacional del derecho y conectado con el individuo –persona física- aparece la culpabilidad. En ello se ha ido configurando y determinando lo que luego podemos denominar el delincuente

En definitiva, se ha ido configurando la construcción del derecho basándose en la acción, introducción a las circunstancias, lo cual delimita la situación y, desde ahí, configurar como elementos básicos el delito. El derecho penal va a centrarse material y formalmente en los elementos: ordenamiento jurídico y la legalidad, el papel del Estado como garante, las dinámicas convivenciales de los grupos y los procesos de legitimidad y legitimación y las vías y canales reglados de intercambio.

A raíz de ahí se va construyendo y configurando el derecho penal, que se sirve de otras ciencias y disciplinas auxiliares que sirven de complementariedad y que refrendan la aplicabilidad y operatividad del derecho.

Como resultado de la especialización aparece un corpus doctrinal, que integra la delimitación de conceptos, de universos, de una problemática específica, de una delimitación de métodos y técnicas propias, con un sistema de fuentes y con una constatación de descripciones de hechos.

La acumulatividad del saber se hace realidad y, en ese sentido, aparece el desarrollo epistemológico con gran proliferación, donde hay que destacar la unidad o ethos propios de una ciencia.

Toda esta unidad se referencia en unos objetos son: delito-delincuente-orden-respuesta. Es decir, aparece descrito el marco ontológico.

De esta forma se ha ido construyendo la doctrina –aparte de los sesgos de las tendencias-, las fundamentaciones y las teorías como resultado del planteamiento científico

#### 4.2.-Principios y usos del derecho penal: el ilícito penal

Una cosa es el orden social y otra el orden jurídico, una cosa es la paz social y otra la paz jurídica, una cosa es la seguridad social –aparte del derrotero de las políticas sociales- y otra es la seguridad jurídica. Aquí radica una de las diferencias básicas entre las ciencias experimentales o sociales y las ciencias normativas donde se sitúa el derecho, que tiene su objeto, sus métodos, sus fuentes, su epistemología, etc. El deslinde es básico.

Los principios que fundamentan el derecho penal y que a su vez lo reafirman son: 1) el principio de legalidad; 2) el principio de hecho; 3) el principio de bien jurídico; 4) el principio de culpabilidad; 5) el principio de retribución; 6) y el principio de prevención.

El ilícito penal aparece cuando la conducta rompe con el ordenamiento. Ese ilícito se produce cuando hay unos requisitos en la actuación de la ruptura con el ordenamiento. Es, pues, un elemento nuclear que hace diferenciar el derecho penal con otras ciencias. Otra cosa es que hay materias y disciplinas y orientaciones científicas que comparten con el derecho penal, pero éste tiene su propia autonomía. De esta forma hay temas que tratan otras ciencias como pueden ser la psicología criminal, la sociología criminal, la psiquiatría. Pero, dentro del derecho mismo hay materias que completan el análisis con relación a la operatividad del saber jurídico como el procesal penal, las relaciones con el derecho administrativo, etc.

La sociedad está ordenada, hay un poder y la socialización implica reconocimiento y legitimación de las acciones, lo cual manifiesta el ajuste a un plano normativo, posee sus propias normas y un plano axiológico, profesa unos determinados valores. En la modernidad hay un salto cualitativo de civilización y cultura y el principio de legalidad nos adentra en un nuevo deslinde en la civilización y en la cultura. El ordenamiento jurídico y su implicación nos traslada a lo que es la cohesión social.

Cohesión social, orden social, paz social y seguridad se convierten en referentes de la vida social y en formas reconocidas de la misma. En esta situación la ley, el desarrollo del principio de legalidad se convierte en elemento nuclear para la continuidad del propio sistema, que se completa con el resto de principios.

La paz social es producto del derecho, que garantiza los mismos (derechos) a la ciudadanía –suele decirse enfatizando que esa paz social no es sinónimo de orden, aunque lo refuerza- a través de la justicia, la igualdad y la seguridad.

La doctrina, las fundamentaciones del Estado de derecho en la sociedad democrática y el desarrollo teórico han sentado las bases, analizado los elementos y definido los límites, referentes y referencias de este tipo de derecho dentro del ordenamiento jurídico.

El derecho se ocupa de las conductas y su relación con el orden social exterior y, desde ese encuadre se cuestiona y se plantea su mediación real y técnicamente. Desde esta perspectiva es analizada la ruptura con ese orden y se delimita el alcance de los actos de esa ruptura. Nos encontramos con el ilícito, que reprochable desde el ordenamiento jurídico

Dentro de ese desarrollo de la doctrina, de las fundamentaciones y de las teorías hay que encuadrar el desarrollo científico, no sólo las referencias históricas, descriptivo simplemente evocativas. Hay el desarrollo del estudio y el análisis del derecho como ciencia y, en ese marco, se habla del derecho penal como ciencia, que ha sido entendido como un conocimiento sistematizado, que incluye una ordenación y una racionalidad de elementos y de relaciones, involucrando lo abstracto y lo concreto, un objeto con sus elementos y relaciones, un método y un planteamiento experimental, lo cual impide que se quede en simple planteamiento y discurso ideológico, que obedece a concepciones de política criminal.

El derecho penal y el crimen ha sido el núcleo de atención y cuidado, dentro del ordenamiento jurídico de *ius puniendi*. Esa construcción delimitando el objeto, el método, las fuentes y el tratamiento ha sido objeto de tratamiento, análisis y evaluación

en todos los Estados-Nación de nuestro contexto. Así podemos observarlo en el análisis dogmático que, en nuestro contexto, se produce. Baste observar la doctrina italiana, francesa o alemana<sup>71</sup>, donde señala que la misión del derecho penal en la protección de la sociedad, donde se recrea la función represiva y preventiva que conlleva el derecho penal desde la abstracción y, además, la protección de bienes jurídicos y protección de valores ético-sociales de la acción.

Jescheck plantea los núcleos del derecho penal, que no son más que: 1) El delito. 2) La pena. 3) Las medidas. Es decir, a la <acción> subjetiva/objetiva hay una respuestas del sistema normativo. Esta visión subjetiva/objetiva nos adentra en el Orden Jurídico, donde hay paz pública y la justicia distributiva.

Desde esa visión constructiva hay toda una configuración de unos conceptos, tanto fundamentales y complementarios, que nos van a ir dando las referencias del derecho penal y el poder punitivo del Estado, igualmente los delitos y medidas con su taxatividad, donde aparecen las sanciones desprovistas del carácter personal

Desde esta perspectiva se ha ido construyendo armónica y realmente la situación sistemática y el lugar que ocupa el derecho penal. Así, se ha ido conformando este derecho como derecho público. Pero, además, ese derecho penal presenta sectores con peso especial: el lugar material, el lugar procesal y el lugar de la ejecución de la pena.

Jescheck había delimitado y planteado que los principios del enfoque de la política criminal obedecían al principio de culpabilidad, al principio de Estado de derecho y su proyección en el principio del Estado de derecho y el principio de humanidad. En ese mismo contexto, hay que valorar cómo hay y actúa la realidad del derecho, que queda plasmado en las aportaciones de la opinión pública y en la estadística.

El derecho penal ocupa su lugar y la ley penal y el Estado de derecho, dando seguridad, tiene conformado un sistema, donde queda garantizado la ley penal en todas sus fases: como término legislativo; como principio de legalidad; como función de garantía; como interpretación de las leyes penales, donde hay clases de interpretación, donde hay una argumentación propia.

La visibilización del derecho penal, quedando y siendo propio del ámbito territorial nacional, hay significaciones que hay que observar en: el plano internacional; en el plano personal; y en el plano interlocal.

En nuestro medio académico e institucional se ha ido construyendo unos marcos epistemológicos y con contenidos ontológicos. En esa construcción se incorpora lo formal y lo informal. Hay, en ello, una plasmación doctrinal.

El derecho penal va a constituirse como una parte especial del ordenamiento jurídico. Tiene, pues, una naturaleza propia. Esta es una de las cuestiones básicas para delimitar la modalidad de ciencia, ciencia normativa, que involucra dimensiones subjetivas y objetivas en todas las direcciones.

---

<sup>71</sup>Jescheck, Hans Heinrich . *Tratado de Derecho Penal*. Bosch. Barcelona. 1981.15

El derecho penal, ordenamiento jurídico o conjunto de normas, es la parte del derecho que regula conductas, consideradas desde la norma como tipos, que los define como delitos y que impone los sanciona o dicho de otro modo, se le impone una pena.

La doctrina ha ido describiendo ese objeto de estudio en una narración que incluye lo subjetivo y lo objetivo, lo formal y lo material, la afectación y la inclusión/exclusión, la potestad y la jurisdicción, el poder y la ciudadanía, la seguridad y la paz social. Ello nos lleva a una delimitación de aplicación e identidad del derecho penal: ¿es derecho público o derecho privado?. La doctrina se inclina en una orientación mixta. Así, hay expresiones como recoge Rodríguez Mourullo que “El Derecho Penal puede ser contemplado, pues, en sentido objetivo como conjunto de normas, y en sentido subjetivo como facultad que tiene el estado de imponer penas y medidas de seguridad y corrección a los súbditos cuando se cumplen los presupuestos legalmente señalados”<sup>72</sup>.

En definitiva, no hay una posición definida y excluyente de un ámbito subjetivo o de otro ámbito objetivo. Por su propia naturaleza, al incluir diferentes ámbitos, marcos y aspectos nos adentran en lo mixto, incluyendo y operando desde lo público y privado. Desde la delimitación de las clasificaciones de orden interno de la academia se inclina por entender el derecho desde el plano público.

En la doctrina se ha ido delimitando el continente y el contenido de esta materia u objeto de una forma descriptiva, y, así, señala Rodríguez Mourullo que, “El derecho penal (*ius poenale*) es el conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delitos se asocian penas o medidas de seguridad y corrección. Regula la potestad punitiva (retributiva y contributiva) del Estado. El ilimitado poder de punir, atributo de la soberanía del Estado, se convierte en poder jurídico, es decir, en Derecho subjetivo (*ius puniendi*), en virtud del imperio de la norma objetiva que vincula también, autolimitándolo, el propio Estado. El Estado puede imponer penas y medidas sólo dentro de los límites de la ley”<sup>73</sup>.

#### 4.3.-Comprensión del bien jurídico, del hecho jurídico, de la culpabilidad y retribución

La modernidad da un paso más allá del <entendimiento> de la Ilustración y que sabiamente nos exponen los ilustrados británicos, para introducirse en la racionalidad-causalidad, que nos traslada en el decir de Max Weber a la <comprensión> y a la <explicación>. De ahí que el derecho penal es tratado desde estos supuestos, que suponen unos nuevos marcos para el desarrollo del saber científico al lado de otras formas de saber, como es el filosófico.

De acuerdo con los principios que informan al derecho penal (legalidad, hecho, bien jurídico, culpabilidad, retribución y prevención) se observa la <producción> exclusiva de este derecho: el Estado. Siendo su plasmación: la ley; la ley, como continente y contenido expresa o da a conocer algo, la ley conlleva una definición y determinación de un contenido, lo cual nos traslada a la publicidad y al conocimiento.

---

<sup>72</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Civitas. Madrid.1977. 22

<sup>73</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Civitas. Madrid. 1977.30

El principio de legalidad es el fundamento, es el referente y es la referencia sobre la cual se construye todo el andamiaje institucional y de aplicación. El derecho va a operar instrumentalmente y, de esa forma, se asienta el sistema. Aquí aparece la base o fundamento del sistema.

El orden jurídico y la seguridad jurídica tienen como finalidad la paz social, que sólo se consigue con el seguimiento de tales dispositivos legales, el principio de legalidad, que proclama la ley y las garantías de la ley. La ruptura con la ley se realiza a través de conductas contrarias a la misma, que producen daño y, de ahí, el análisis del hecho. El hecho, desde su estudio jurídico implica una delimitación objetiva.

La garantía de la ley, su determinación, se convierte en garantía, en fijeza, y delimita de forma pública su vigencia. Se aplica. La ley objetiviza las relaciones entre los individuos, la ley se sitúa como marco, referente y referencia, consolidando al Estado de derecho.

Con relación a la ley penal hay generalmente en todos los sistemas democráticos una especial sensibilidad, ya que se afecta y trata al orden jurídico en su conjunto y a los derechos fundamentales y, desde esa situación, es práctica común aplicar el “principio de intervención mínima”, o, dicho de otra manera, reducir la intervención penal a los mínimos razonables.

Al lado del “principio de intervención mínima”, se proclama otro principio que pretende mitigar el impacto de la literalidad de la ley, se trata del “principio de proporcionalidad”, es decir que la sanción o la pena se corresponda con la gravedad del hecho.

La ley penal describe hechos, regula situaciones y fija los límites. Hechos y vigencia de ley van paralelos, por lo que en la aplicación de la ley penal se excluye la irretroactividad de la ley (con la excepción de beneficiar al reo). Esta vigencia se da en un territorio y en un tiempo determinado. Los hechos, es decir, se describen las conductas que incumplen las leyes y, en consecuencia, los efectos y las consecuencias. Es aquí donde se refuerza la descripción, no sólo desde el plano expositivo, sino dispositivo, que implica un salto cualitativo, ya que el hecho implica acciones, pero éstas son analizadas desde unas instituciones que evalúan con metodologías y técnicas.

El principio del hecho es la constatación de la realidad, de la objetividad y de aplicación, ya que individualiza y determina toda la entidad de la conducta, que es contraria a la ley. Es ahí sobre los hechos en plural y del hecho en singular, donde se materializa la temática de la identidad de derecho. Desde el modelo liberal, pasando por el social y el Estado del bienestar hay una identidad material y una formalidad<sup>74</sup>, donde hay un abandono de las creencias, donde operan referencias globales y donde hay una definición de las nuevas fronteras.

Ese hecho no es sólo la acción del individuo, sino que es la conjunción de ese hecho con la norma penal, asegurando que en el derecho penal no hay más fuente directa que la ley. Es la aplicación de la ley<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Sauca, José María. *Identidad y derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.8

<sup>75</sup> Sainz Cantero José Antonio. . *Lecciones de derecho penal Parte general*. Bosch. Barcelona.1982.1

Es esa ley la que nos presenta el bien jurídico protegido. Aquí radica la garantía y la prevalencia de lo justo y de lo lícito. Se marca, de esta forma la frontera entre lo justo y lo injusto, sobre lo lícito y lo ilícito. El principio legal marca la legalidad del sistema.

En la construcción del marco teórico del derecho éste opera como algo a priori de la acción y, desde ahí, está su identidad. Otra cosa es el debate a posteriori, donde se cuestiona el derecho, no sólo el vigente, sino el derecho en sí<sup>76</sup>. Se pasa, de esta forma, al pensamiento filosófico-ideológico, y se deja atrás el planteamiento del derecho en sí, para situar una superestructura artificiosa, cuando en realidad es el derecho el que nos da una realidad de la ordenación. Esta relatividad y nueva polaridad anula la entidad del derecho en sí.

Es el ordenamiento jurídico donde se plasma el derecho, donde aparece el bien jurídico. Bien jurídico que refleja la puesta en valor de algo que es proclamado y defendido, ya que en sí se autojustifica. El bien jurídico es un ideal y un interés individual y colectivo, que está publicitado y compartido.

Otro de los principios del derecho penal es la culpabilidad. Esa ruptura lo produce el individuo, que por dolo o imprudencia comete un delito y, en consecuencia hay una imputabilidad directa. La culpabilidad implica ruptura con el sistema legal, pero, al mismo tiempo, aparece la responsabilidad de las acciones realizadas por el individuo, que es revisado en el sistema y, en consecuencia, refleja esa ruptura

La desobediencia a la ley, el daño causado y la víctima son las consecuencias de la acción individual, que es realizada de forma contraria al ordenamiento jurídico, lo cual produce efectos mediatos e inmediatos. En ese marco, hay que encuadrar el sentido y la dirección de la retribución. La retribución pone de manifiesto el alcance y la extensión de la responsabilidad de las acciones.

La culpabilidad y la retribución son complementarias y, desde el planteamiento social y jurídico se proclama que quien causa daño es responsable y, en consecuencia, ha de responder por tales acciones contrarias a las leyes

El otro principio que opera socialmente y con sentido jurídico es el principio preventivo como marco y como sistema. Es ahí como este ordenamiento opera y funciona socialmente. Nadie puede ser penado sin ley, lo cual nos adentra en el papel legal y preventivo

Todos estos principios sedimentan la realidad y el funcionamiento del sistema jurídico en una sociedad determinada, donde la ley es fuente directa del derecho penal y que tiene dos sentidos perfectamente integrados: el sentido formal y el sentido material, donde aparece la generalidad y la especialidad delictual.

Es, pues, a través de la ley y de su aplicación como el sistema jurídico-penal tiene realidad y virtualidad.

---

<sup>76</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. *La enseñanza del derecho en la encrucijada*. Civitas. Madrid. 2010..5



Desde la perspectiva del conocimiento se cierra la construcción de un orden, donde quedan descritos los delitos y las penas y donde se da cabida a todos esos principios que nos sirven para comprender y explicar la dirección y el sentido de la norma penal.

.

## 5.- MARCO METODOLÓGICO: DERECHO PENAL SUBJETIVO Y OBJETIVO; DELITOS Y PENAS

El derecho penal plantea la relación de una acción, que desobedece a las leyes y la consiguiente sanción o pena. Delitos y penas van a representar el contenido del derecho penal. Derecho penal que es observado a través de los actores que intervienen: personas físicas y personas jurídicas.

El derecho penal, que forma parte del ordenamiento jurídico refleja y proyecta una unidad y una identidad de normas y valores que asientan la vida social y jurídica en todas sus manifestaciones. Hay todo un marco, tanto expositivo, como dispositivo, que sirven de base a que la vida social se encuentre socialmente armonizada

Como marco jurídico el derecho penal tiene unos fines específicos y determinados siempre por ley. Este derecho penal posee toda una identidad.

El método, (meta/odos: a través del camino o camino para llegar a un fin) es uno de los requisitos de la ciencia, ya que todas las ciencias, frente a otras formas de saber, utiliza un método. La utilización del método en derecho es básicamente el deductivo, pero, en esta área de conocimiento se utiliza el deductivo y el inductivo.

El método o camino no se reduce a la historia, no se queda en la descripción, sino que utiliza unas metodologías, como conjunto de métodos y técnicas, que sirven de manera instrumental para adentrarse en el núcleo central del derecho penal: orden jurídico-delito-delincuente-corrección.

La creación del derecho tiene por finalidad averiguar qué es lo que debe hacerse o no hacerse, tratándose del derecho penal, bajo la amenaza de una pena, y elevarlo a norma de conducta general, como señala Rodríguez Devesa.

El derecho penal tiene un objeto y un método propios y, se sirve instrumentalmente de otros tipos de saber, que componen una intendencia o arsenal instrumental para poder abordar el objeto de estudio. Es ese sentido aparece materias y disciplinas instrumentales que complementan el objeto de estudio, que es el delito, que puede ser observado como un <ilícito>, como un <injusto> o como un <síntoma>, que viene a ser el hecho contrario al derecho. El ordenamiento jurídico penal se refiere al conjunto normativo elaborado y constituido en el Estado. Otro ámbito es el delincuente y su peligrosidad, su tratamiento, su corrección, pena y reinserción.

Se afirma que el derecho penal pertenece al área de derecho público, aunque esta afirmación de forma definitiva es equívoca e induce a error, ya que hay, igualmente un ámbito privado y, de ahí que vengamos señalando los dos, el público y el privado.. Sin embargo, al situar al derecho penal en el plano público, que lo tiene, se alude al delito, a la pena y a la medida de seguridad y a la corrección

El derecho penal es una rama del derecho que tiene el ius puniendi, el que institucionalmente se enfrenta al delito y que posee dos instrumentos la pena y las medidas (estas están en el ámbito penal y en el ámbito administrativo), que buscan reprimir y reinsertar, pero, por otra parte, está la misión preventiva.

El derecho penal es instrumentalmente el corpus normativo con que se funciona en un Estado de derecho. Ese derecho positivo refleja y proyecta la vigencia del principio de legalidad, que supone que sólo la ley tiene capacidad del principio de legalidad y, como corolario la prohibición del uso de la analogía para crear tipos de delito, señalar penas o producir agravaciones de éstas.

El principio de legalidad refleja el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, no hay delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. El principio de legalidad supone que para ser tratado como delito hay que tener una ley anterior. Todo ello implica que la vida social y la vida jurídica tiene transmisiones y vida. De ahí el significado del conocimiento y de la “coacción psicológica”, que hablaba Feuerbach, que entra a formar parte de la prevención.

Con independencia del método hay, en el abordaje al estudio sistemático del significado social y jurídico del derecho penal, el estudio de las fuentes, entendiendo metafóricamente el fluir de un manantial, que es cómo fluyen las normas jurídicas

El término fuentes tiene varias significaciones, que puede ser entendido, bien desde la voluntad o poder real para producir normas jurídicas (“fuentes de producción”), bien como se manifiesta al exterior (“fuentes de manifestación”, que para otros se identifica como fuentes de “conocimiento”). O dicho de otra forma, fuentes de producción o materiales, que hacen referencia al poder legislativo y a los otros poderes como el ejecutivo y, por reacción, el poder judicial, que es el que aplica ese repertorio legislativo y administrativo. Y otras fuentes propiamente penal son las fuentes de manifestación o formales, que siguiendo Grispiñi son “las formas que el derecho objetivo asume en la vida social”.

Pese a presentarse en su determinación de forma separada, entre las fuentes de producción y de manifestación o comunicación existe una constante correlación. En ese sentido, M. De Rivacoba y Rivacoba señala que “las supremas potestades políticas del Estado (fuente de producción) crean el derecho a través de la ley (fuente de manifestación)”<sup>77</sup>.

Las fuentes de manifestación o formales pueden ser directas, que son aquellas cuyo imperativo obliga a sus destinatarios por sí mismo (directamente). Y también podemos distinguir las fuentes de manifestación indirectas, que son las que necesitan un reenvío.

El estudio de las fuentes nos adentra en la producción legal, que presenta un proceso y una estructura hasta su proclamación, que en derecho penal conlleva unas consecuencias propias, ya que suponen la exclusión del campo de las fuentes directas de las no escritas y de la exclusión de las fuentes escritas distintas a la ley. Es decir, la ley es la única fuente de manifestación directa del derecho penal.

Pero, además, las fuentes de manifestación o formales nos adentra en el respecto de los derechos fundamentales del individuo y de las libertades esenciales, afirmando: a) la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), ningún hecho puede ser considerado como delito sin una ley anterior; b) la garantía penal (*nulla poena sine lege*), no podrá aplicarse una pena que no haya sido previamente establecida por la ley; c) la garantía

---

<sup>77</sup> Rivacoba y Rivacoba, M.de. *División y fuentes del derecho positivo*. Valparaíso. 1968.7

jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por tribunal competente; d) la garantía de ejecución. No podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y los reglamentos.

Otra de las consecuencias de la proclamación está en la elaboración de las leyes penales, ya que se trata de una materia que incide directamente en los derechos y libertades y, además delimita el modelo de poder y del ejercicio de las garantías que el principio de legalidad.

En nuestro contexto con Estado de derecho la ley penal es la única fuente capaz de crear delitos o penas, donde queda delimitada la inclusión y la exclusión, que delimita, igualmente, la responsabilidad criminal. Hay múltiples formas de entender el término ley formal, que desde el marco interpretativo se gradúa y, así se entiende en su aplicación de una forma lata o de una forma estricta.

Toda ley penal tiene dos partes: 1) el presupuesto; 2) y la consecuencia o sanción. Ambas aparecen en la misma norma o texto. Pero, cuando esto no sucede se dice que estamos ante una ley penal en blanco.

En esta aplicación se habla de distintas modalidades de ley y su relación, sea directa, delegada, etc. Así mismo aparecen distintas tipologías del ley básica o constitucional, leyes ordinarias, decretos leyes, decretos legislativos, etc. A su vez hay legislaciones normales y especiales (aparte de las excepcionales).

Las leyes penales tienen unas referencias básicas: el lugar, es decir la aplicación del principio de territorialidad; otra de las referencias es el principio de personalidad; otra de las referencias de las leyes penales en el tiempo, que implica aplicación y vigencia y que pasa por la aplicación de otros principios tales como la irretroactividad y su propia excepción la retroactividad de la ley penal más favorable, la relación de lo abstracto y lo concreto. Pero, también las llamadas modificaciones extrapenales u otras determinaciones, como las leyes intermedias. Hay otras implicaciones como el caso de concurso y de cosa juzgada o la prescripción

La doctrina ha elaborado todo un repertorio referido a clases de leyes penales, que desde C. Binding hasta la configuración en la doctrina española, nos presenta una jerarquía de leyes: a) Normal, donde la ley penal tiene su propio Código penal<sup>78</sup>, pero, además, hay leyes penales especiales, que la doctrina diferenciaba entre “propias”, que eran aquellas cuyo único fin es definir delitos y establecer penas, e impropias, que son las que no poseen esa finalidad sino que proponen otros objetivos –regulaciones determinadas en materia civil, mercantil, administrativo, fiscal, etc.; b) leyes penales temporales; c) o leyes penales en blanco, que señalaba Binding.

Con ello recobra significado el control de la validez de la ley penal por parte de los Tribunales y, de forma especial, el Tribunal Constitucional. Hay que reiterar que la única fuente directa del ordenamiento jurídico penal es la ley.

---

<sup>78</sup> José María Rodríguez Devesa, José María. *Derecho penal. Parte general*. Madrid.1973. 30

Hay distintas taxonomías que nos indican la sistematización del estudio de las fuentes del derecho penal y se señalan: a) las fuentes inmediatas (analogía, costumbre, derecho internacional); b) fuentes mediatas del derecho penal (la jurisprudencia y la doctrina). Otra cuestión es el Derecho penal extranjero, donde los tratados internacionales tienen efectos.

Aparte de las fuentes directas están las fuentes indirectas. Las fuentes indirectas son las que no tienen eficacia creadora del derecho en sí mismas, pero la adquieren cuando la ley reenvía a ellas, concediéndole eficacia que por sí mismas les falta.

Por ello, aparte de la ley, hay que valorar las circunstancias en su aplicación, donde, aparte de la ley que básica, está la costumbre, que es entendida como creada o impuesta por el uso social. La costumbre no puede ser en el derecho penal fuente creadora de responsabilidad criminal, pero afecta en la aplicación metodológica en la inclusión y exclusión de la responsabilidad; otra de las fuentes que indirectamente afectan son los principios generales del derecho, que pueden ser aplicados en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, como se señala en el ámbito del Código civil; otra de las fuentes indirectas es la jurisprudencia, que es el modo habitual de proceder de los tribunales que deciden cuestiones jurídicas, pero, siguiendo el enfoque del código civil la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina, es decir y hay que recalcar que no se trata de fuente directa ni formal, sino indirecta y complementaria, pero es que la jurisprudencia refleja una interpretación y aplicación; otra de las fuentes son los Tratados internacionales, que no tienen aplicación directa en España sino cuando son ratificados por las Cortes.

### 5.1.-La racionalidad de la aplicación penal: la relación

La racionalidad de la aplicación penal pone de manifiesto la <información>, la <comunicación> y el <conocimiento> de una conducta que es contraria al derecho y que es presentada en el espacio público. Representa un paso cualitativo en la forma de transmitir modos y usos comunicacionales. En ese sentido, aparecen nuevos modos de expresión.

Al plantear el encuadre penal del ordenamiento podemos diferenciar: 1) la concepción normativa; 2) la concepción institucional; 3) y la concepción intersubjetiva del derecho. Todo ello mediatizado por lo que es la norma, sistema normativo. La norma tiene una naturaleza que ya hemos planteado, pero que debemos completar sosteniendo que, la norma jurídica es, por una parte, una regla de motivación y, por otra, es influencia expresa con un lenguaje prescriptivo, donde podemos observar, que las interpretaciones en nuestro contexto, perviven: a) el enfoque imperativista, donde la norma prescribe comportamientos, no se detiene en la relación de derechos, sino que entra en los comportamientos, las normas penales conllevan mandato y prohibición. b) Frente a esta posición se ha desarrollado otras visiones, la corriente antiimperativista, entre las que las normas funcionan como juicio hipotético, como regla técnica y como juicio de valor.

c) Luego, aparecen corrientes ecléticas, dando coexistencia a normas imperativas y no imperativas.

Hay una evolución nominal, que va pareja al planteamiento a la metodología y al objeto de estudio.

A partir de la modernidad se rompe con la visión represiva para adentrarnos en la visión restitutiva y, desde ahí, se elabora supuestos, problemas, hechos, normas, conductas y actuación institucional. Estamos ante la construcción doctrinal.

Para comprender el salto cualitativo que representa la modernidad hay que situarse en la comunicación y transmisión de temas, argumentarios y procesos del sistema antiguo, que es estático, conformado por un orden natural-armónico donde el poder estaba comprendido y explicado con rasgos de trascendencia, donde la ética individual y colectiva era única, donde lo público-privado funcionaba de forma conjunta. Donde el poder eclesiástico y civil representaban los idénticos valores y proyectaban una realidad una idea de orden y de control: la Inquisición

La oratoria y la declamación de los elementos del sistema eran manifestados desde un modelo de magistraturas adecuado para asentar y extender ese orden social, que era a su vez político y religioso.

El salto de ancien regimén a la modernidad viene connotada con la pérdida del derecho divino de los reyes, del abandono de un sistema que funcionó durante el barroco y el neoclásico en función de del poder, de la fuerza y del dominio, que conllevaba una idea de orden, que reflejaba unas axiologías perfectamente integradas y asumidas individual y colectivamente.

En esa sociedad se ha desarrollado una forma de derecho y de práctica de la justicia con ejemplaridad del castigo, y se venía entendiendo la paz y la armonía como un modelo estático y configurado con identidad de lo privado-público. Este modelo estaba encauzado por la escolástica y con los aditamentos marcados por el perfil histórico de los antecedentes en el derecho romano y derecho germánico, presentado como mundo hecho u orden social “natural”, que, en nuestro contexto, se añade con y por el peso específico de la Escuela de Salamanca.

La magistratura, la judicatura y los letrados son las terminologías de ese mismo modelo, que es “absoluto” y “natural”, donde se administraba la justicia para el pueblo, donde la oratoria y las bases de actuación de la justicia eran las practicadas por la Inquisición que conformaban los procedimientos de actuación y de práctica forense.

Con la Ilustración y con las aportaciones del empirismo con la sensación, la emoción y el peso del conocimiento en los sentidos y con el método inductivo, al lado del racionalismo y su método deductivo, se va abriendo paso al “entendimiento”, que es básico para analizar el salto del sistema antiguo a la modernidad.

Hay, luego, con el desarrollo de las ciencias, un paso más allá del “entendimiento”, sino que se adentra en otra fase, que describe Weber, la “racionalidad”, que implica comprensión y explicación. Aquí es donde se extienden la causalidad, la finalidad, la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. Pero, para el tema que nos ocupa

aparece la diferencia entre el “científico” y el “político”. Es decir, contextualizando el desarrollo del derecho penal.

El discurrir de la justicia se incardina en una nueva situación, donde se incorporan los cambios en la idea y realización del poder, en el desarrollo del Estado, con los cambios que la sociedad moderna ha introducido frente a la tradicional. A ello hay que unir los cambios que conllevan la idea de individuo y su libertad.

La racionalidad conlleva una incorporación de multiplicidad de frentes y una nueva armonización consensual de los elementos. La justicia y la organización de la misma están plenamente integradas. El derecho se conforma desde la Ilustración con un nuevo marco, donde se conforma como ordenamiento y, como tal, traslada la idea de completud.

El derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico con unos rasgos específicos en su elaboración y en su aplicación. Con relación a la elaboración, aparte de los principios hay uno que marca un límite muy especial: el principio de legalidad, que enmarca la determinación del derecho penal.

Frente a otras formas de aplicación de unas normas, que pueden tener su propia realización, el derecho penal ocupa un espacio y visibiliza, tanto desde la dimensión política, como desde la dimensión científica su propia identidad. Ello nos introduce en una metodología propia en la elaboración y en el contenido, donde hay que valorar la dimensión técnica.

El *ius incertum* no tiene nada que ver con el derecho penal, que se sitúa ante y contra la incerteza y la inseguridad. Como fruto de esa dimensión técnica y propia aparece la jurisdicción propia y el delito se circunscribe a una definición, como la que señaló Grispiigni de la universidad de Roma, y que reproduce Juan del Rosal<sup>79</sup>:

Conducta humana correspondiente al tipo descrito por la norma penal, en la que no concurren una causa de justificación y que además es psíquicamente referible a un sujeto”

Es decir, hay un orden que aparece establecido de forma descrita por la objetividad y por la neutralidad, que sólo la desobediencia conlleva la implicación, que viene definida desde la ley, desde la legalidad. A ello se le otorga una significación *a priori* y *a posteriori*. A ello le llamamos delito.

En ese contexto se analiza la elaboración de la ley penal y las garantías que con él se producen en los diferentes órdenes, como venimos comentando, pero que representan una identidad, que corresponde con una evolución político-legal determinada de un Estado de derecho:

- Garantía criminal
- Garantía penal
- Garantía jurisdiccional
- Garantía de ejecución

---

<sup>79</sup> Rosal, Juan del; Cobo, Manuel; y Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal español*. Madrid. 1962, 4. Se recoge esta cita para indicar que en la construcción sistemática del derecho penal hay un proceder semejante en los distintos Estados de derecho

Esta identidad y garantías conllevan que el principio de legalidad tenga en cuenta una técnica legislativa, donde la incertidumbre, la indeterminación o simplemente el mensaje equívoco no tenga cabida. De ahí la necesidad de reacción, de reenvío y de decisión, pero, ello con claridad, precisión y exhaustividad, dando inequívocas señales de seguridad y de fijeza.

No se trata de un imperativismo ingenuo, sino de la transparencia de norma clara y diáfana, que va tener aplicación. Esta situación nos lleva a lo que algunos definen tal norma jurídica como “norma objetiva de valoración norma subjetiva de determinación”<sup>80</sup>. Estas normas prevén delitos y establecen penas. Normas que señalan la infracción y su sanción.

Hay toda una determinación de la ley, que refleja una sistematización de orden, hay una determinación del delito como conducta que desobedece voluntariamente la ley, hay por tanto, una visión sintética y una visión analítica, como podemos rastrear en el planteamiento kantiano en sus obras “Crítica de la razón pura”, “Crítica de la razón práctica” y en la “Metafísica de las costumbres”

La racionalidad para por revisar la ley y el ordenamiento jurídico, que nos dará el escenario y los referentes. Pero, además se configura el alcance de la ruptura: el delito. Dentro del marco de la ley y del ordenamiento jurídico se describe el objeto y toso los elementos y requisitos subjetivos, objetivos y formales.

Se describen los hechos, se delimitan. Aquí quedan reseñados los aspectos externos u objetivos (la actividad del autor, el sujeto de la acción, el objeto de la acción, las circunstancias, la forma y el resultado) e internos o subjetivos (los elementos subjetivos del injusto y las formas de culpabilidad)

Se completa esta actividad con las consecuencias jurídicas donde hay la relación de acción-reacción, orden jurídico y control con su proyección en el ámbito social. Aquí aparece la respuesta organizacional e institucional: la administración de la justicia y la pena con unas finalidades específicas.

La racionalidad penal nos lleva a una perspectiva circunscrita a acción-reacción, de delito y pena, a actividad y resultado. Aquí se circunscriben modos propios de actuación orgánica y funcional, sustantiva y objetiva, individual e institucional. Sobre ello se construye toda una epistemología y una formalización de fundamentación.

Hay un encuadre del hecho penal, convertido en objeto jurídico, por lo que hay unas consideraciones sintéticas, donde aparece un hecho jurídico y con sujetos activos y pasivos. Hay, a su vez, unas caracterizaciones del delito: a) correspondencia con el <tipo descrito>, lo cual encierra al sujeto activo, la conducta, el evento, el nexo causal, el objeto material, el instrumento, el lugar y el tiempo; b) la falta de causas de justificación; c) la culpabilidad; de) las condiciones de punibilidad.

También aparecen las formas de manifestación del delito, donde aparece la tentativa y la consumación, el delito simple y el delito circunstanciado, el delito único y el delito plural y el concurso eventual

---

<sup>80</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general*. Civitas. Madrid. 1977.15



Otra de los elementos a tener en cuenta en la pena como sanción, la pena como resarcimiento y como reeducación

## 5.2.-El derecho penal, el derecho procesal penal y la ejecución del derecho

El derecho penal presenta la objetivización penal a través las leyes penales y la subjetivización de la misma a través de la aplicación y el cumplimiento. El derecho penal establece una relación punitiva. Se pone en relación derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades. Esa relación se observa en el derecho subjetivo y la libertad de obrar y en el “ius puniedi”.

Producto del tratamiento científico de las conductas delictuales y su implicación sistémica, se complementa un horizonte perceptivo, cognitivo y operativo, que se basa en una nueva racionalidad: una fundamentación, una doctrina y una teoría.

Esa racionalidad establece la comprensión y la explicación científica de las conductas delictuales y delimita la abarcabilidad, aplicabilidad, efectos y consecuencias de las normas, de las conductas, del daño y la pena, pero de una manera sistemática y construida, dando cabida y significado al método. Dentro de él aparece las lógicas de actuación de las instituciones y de los individuos.

El derecho penal define su objeto con un deslinde entre ordenamiento jurídico, acción individual (persona física y jurídica) y sanción o pena. Ello conlleva que hay un conjunto de elementos subjetivos, objetivos, de actividad y formales, que componen su objeto de estudio.

Las conductas están descritas al igual que la institucionalización y la finalidad de la sanción. Estas conductas son analizadas desde la “acción”. Aquí radican los aspectos objetivos, que se circunscriben en la actividad u omisión del autor, la autoría y otras figuras como cómplices, encubridores, colaboradores, etc., una causalidad y una finalidad, unas circunstancias concurrentes y un resultado; hay, pues, un producto. Hay, igualmente unos aspectos subjetivos que hacen referencia a la imputación, a la culpabilidad y a las circunstancias objetivas de la culpabilidad. Hay, por supuesto, un contexto y unas circunstancias.

La norma penal tiene un medio, un soporte, una estructura y unos destinatarios. Como norma contiene, siguiendo el principio de legalidad, el precepto y la sanción. Pero, tiene, igualmente, una naturaleza y una causalidad, de ahí la cualificación dentro del ordenamiento jurídico. Esta norma penal delimita y visibiliza una vinculación y unas consecuencias que afectan al orden jurídico y al orden social.. De ahí el carácter histórico de la norma penal, que delata una valoración no sólo y básicamente jurídica, sino también social., lo cual nos introduce en el plano axiológico o de valores.

La imperatividad de la ley penal es otro de los rasgos, lo cual se relaciona con la generalidad y la uniformidad, aparte y que tiene un sentido político determinado, la igualdad. Esa imperatividad (de imperium- imperare) implica orden y organización.

La norma penal tiene, pues, unas delimitaciones específicas, ya que se trata de una norma objetiva en cuanto a su proclamación y vinculación, pero, además, es norma subjetiva de determinación.

Al plantearnos los destinatarios debemos cuestionar a quién afecta, a quién se dirige y quién interviene en la aplicación o, si se prefiere, quién la gestiona. Las respuestas son que afectan a la generalidad de los individuos de un territorio determinado en un tiempo concreto. Pero, de hecho, hay consideraciones que ponderan que la norma penal se dirige a los individuos componentes del Estado o ciudadanos; otros observan que por su aplicación, intervención y ejecución, la norma penal se dirige a los ciudadanos y a los órganos de Estado, que velan por el mantenimiento de ese orden jurídico-social.

Debido a su naturaleza, causalidad y finalidad las normas penales prevén delitos y establecen penas. Establecen los límites de las conductas de los individuos consigo mismos y con los demás y, en consecuencia, mantener ese orden social y ese orden jurídico. La ruptura de esos límites podemos denominarla infracción, lo cual conlleva la puesta en escena la reacción. Hay, pues, una visión dialéctica: acción/reacción.

En ese marco aparece la ley y la conducta, que ponen de relieve lo normal (normativo) y la infracción como ruptura, como problema, como desviación con el orden social, pero, a ello hay que añadir el orden jurídico, donde hay una delimitación específica de medidas y controles.

En ese marco aparece que la conducta es libre, pero hay responsabilidades y, por otra parte, hay controles legalmente establecidos, que se autojustifican en función de la actividad finalista para los que han sido destinados, todo dentro del principio de legalidad.. De ahí, que en la doctrina se cuestionen temas de gran significado como son: a) las <leyes penales incompletas>; b) las <leyes penales en blanco>; c) y las <leyes penales temporales>, que nacen para tener vigencia durante un período determinado, siendo una categoría, dentro de las leyes penales las “leyes penales excepcionales”, que, en teoría podrían encajar los <estados de alerta>: “alarma”, “excepción” y “sitio”. Pero, en el planteamiento general que estamos tratando de presentar el marco de la ley penal, nos referimos al dispositivo constitucional y normal con leyes orgánicas, aunque puede haber decretos legislativos y decretos-leyes, que serán convalidados por las Cortes.

Hubo, asimismo y atendiendo al discurrir de los tiempos planteamientos en la doctrina que analizaba dos tipos de leyes penales, las normales y las leyes penales especiales – que se adentraban en el plano de la excepcionalidad y que obedecían a circunstancias específicas. Estas leyes penales especiales eran entendidas de dos formas: propias, que tiene como único fin es definir delitos y establecer penas, y leyes penales especiales impropias, que son las que no poseen esa finalidad, sino que se proponen objetivos de otra índole como regulación de determinadas materias civiles , mercantiles, administrativas o fiscales

Siguiendo el principio de legalidad, la ley es la única fuente del derecho penal. La ley presenta dos ámbitos de significaciones: en sentido “formal”, lo cual es una disposición

de carácter general elaborada de acuerdo al procedimiento legal, y, en sentido “material”, que presenta un contenido

La ley penal describe conductas-tipo, infracciones y sanciones y penas, pero todo ello desde la generalidad, la obligatoriedad, la vinculación ajustando dicho ámbito normativo dentro del principio de legalidad, que es en sí una “garantía”. De hecho, hubo todo un desarrollo doctrinal de las garantías y así se establece que haya: 1) una <garantía criminal>, donde son delitos y faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley; 2) la <garantía penal>, que establece que no serán castigados ningún delito o falta con pena si no se halle establecido por ley anterior; 3) la <garantía jurisdiccional>, es decir, no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme; 4) y la <garantía de ejecución>, que indica que no puede ser ejecutada pena alguna en forma no prescrita por la ley.

Toda conducta se sitúa en un “lugar”, en un “tiempo” y con unas “relaciones”, por lo que en el encuadre penal hay que observar las fases de la ejecución, la autoría, la complicidad y en encubrimiento, así como los concursos ideal y real.

Connotado con ello aparecen los derechos, los deberes, las obligaciones y las responsabilidades, lo cual pone de manifiesto lo que podemos entender como la responsabilidad criminal.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es el daño, sea mediato o inmediato, aparece igualmente la figura del perjudicado y, paralelamente, aparece la responsabilidad civil y, también, el resarcimiento y la indemnización.

Hay posiciones doctrinales que incorporan todos los elementos anteriores, pero, al hablar de las consecuencias jurídicas por la conducta cometida hay que señalar la pena en sentido estricto, la mediación de la pena, que está relación del hecho cometido y autor, donde se aprecian la eficacia de la pena, el agravamiento y el papel de resarcimiento, así como el de reeducador de la pena y resocialización social del penado

Aparte del encuadre propiamente penal, aparece la institucionalización y tratamiento del delito. En ese marco sobresalen los requisitos procesales, las condiciones de la perseguibilidad, las consideraciones procesales y de procedimiento.

La Constitución de 1978 manifiesta en el artículo 9,3 el principio de legalidad y en el artículo 25,1 se señala que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Las garantías jurisdiccionales y de ejecución forman parte (al lado de las criminales y penales) de nuestro ordenamiento y, en ese sentido, hay todo un marco procesal establecido, que refrenda unos “entes” y unos “órganos” propios, que aplican y ejecutan, vinculando <acción-proceso-jurisdicción>.

En ese marco aparecen las relaciones de los poderes del Estado, el legislativo, que elabora las leyes, el ejecutivo que ofrece los recursos y medidas de mediación y, que aplica la justicia, el poder judicial. El derecho penal afecta, conecta e interfiere los tres poderes del Estado, pero, es desde el poder judicial desde donde se configura y

conforma la decisión y la aplicación de las garantías jurisdiccionales y de ejecución, que el ejecutivo ha de cumplir

El poder judicial realiza su función jurisdiccional y de ejecución, ya que no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por un tribunal competente. Es decir, hay una jurisdicción propia que no se puede eludir y cuyo funcionamiento está amparado en la Constitución.

Pero, además en la garantía de ejecución, aunque está la Ley General Penitenciaria, que está incardinada en el ministerio del Interior, está el Juez de Vigilancia, que refuerza la garantía de ejecución.

Es decir, el derecho penal involucra, afecta y proclama desde la perspectiva objetiva y subjetiva todo una visibilización abstracta, teórica, concreta y aplicada, marcando un espacio y una identidad dentro del ordenamiento jurídico.

### 5.3.-La acción típica, antijurídica, culpable y punible

Desde la teoría se ha ido elaborando un marco epistemológico, cognitivo-ontológico y operativo, que aborde el planteamiento relacional de la ley, la libertad individual, la conducta, los hechos, las situaciones, las condiciones, los efectos, las consecuencias, las causas y los fines y se ha ido configurando ámbitos gnoseológicos, cognitivos y operativos de análisis de las acciones y de las respuestas.

Con el Estado liberal de derecho se han ofrecido unas respuestas, que se han ido rehaciendo en el Estado social y en el Estado del bienestar, definiendo desde la ley los bienes y valores que cada sistema considera adecuado a su marco estatal.

El crimen y el delito se convierten en ámbitos de análisis y de aplicación y su observación teórica pasa por delimitar y determinar los elementos que lo componen desde la percepción, la cognición y la aplicación<sup>81</sup>.

Si observamos el proceso desde una perspectiva comparada el desarrollo del derecho penal en Alemania, Italia, Francia o España, nos damos cuenta de las líneas de desarrollo de tales evoluciones, donde se ha cosificado y reificado el marco de los <fundamentos>, las <doctrinas> y las <teorías>. No se trata de revisar al iusnaturalismo, ni al positivismo, ni al historicismo. De hecho, hubo distintas maneras de sistematización y, así, recoge Mir Puig la fase del <positivismo> (último tercio del siglo XIX y principios del XX), del <neokantismo> (principios del siglo XX hasta la 2ª guerra mundial), del <ontologismo fenomenológico> (desde los años 30 a los 60) o del <funcionalismo> (desde los años 60 hasta el presente).

El derecho penal es la parte del ordenamiento que tiene una operatividad vinculante en lo público y en lo privado, que afecta a derechos, a deberes, a obligaciones y a

---

<sup>81</sup> Henting, Hans von. *El delito*. Espasa Calpe. Madrid.1971.3

responsabilidades. Entran de lleno aspectos del orden, de seguridad y de actos de libertad. De ahí el alcance y el significado en la construcción del abordaje de su estudio.

En nuestro medio se nos habla que la teoría aplicada es de origen alemán, sin embargo es común en otros Estados, que persiguen la seguridad jurídica en la aplicación de los diferentes tipos penales y, en ese sentido, la teoría establece de forma precisa cuáles son los elementos básicos de todo delito. Asimismo esta teoría del delito elabora un concepto integrado por distintas categorías, lo cual facilita la racionalización de las tipologías conductuales que lesionan bienes jurídicos proclamados.

El delito es una parte nuclear del derecho penal. El delito, de forma genérica, es la desobediencia a la ley y, como tal presenta una realidad en la que la ley y la conducta, los hechos, la situación, contexto y los resultados están en relación.

El delito se convierte en el centro de estudio y análisis donde hay elementos subjetivos, activos y pasivos, los elementos objetivos y elementos de actividad (lugar, tempo y forma). El abordaje del delito es objetivo de análisis y estudio por parte institucional y la <doctrina> y la práctica procesal penal establece los <fundamentos> y, con ello, se ha ido construyendo la teoría del delito.

La delimitación del delito ha tenido distintos encuadres y, en ese sentido, desde el planteamiento de la visión bipartita de Carrara de que el delito estaba integrado por dos elementos: el elemento objetivo o hecho cometido y el elemento subjetivo, la voluntad, se ha pasado a un criterio integrado en la doctrina alemana de mediados del siglo XIX, donde hay que destacar la <acción> como requisito esencial del delito, que aparece recogida en el manual de Berner en 1957, que se hablaba de la acción antijurídica y culpable sin diferenciar ambos elementos. Posteriormente, Jhering, en el ámbito del derecho civil crea el concepto de <antijuridicidad> independiente de la culpabilidad (la antijuridicidad como elemento objetivo) y este concepto es trasladado al derecho penal por von Liszt, que a diferencia de la responsabilidad civil la sanción penal exige una responsabilidad subjetiva. Luego, Beling, añade otro elemento al delito: la tipicidad, es decir, la descripción de la ley penal como de un hecho con determinados caracteres como constitutivo de un delito.

En la actualidad se entiende por delito la <acción> <típica>, <antijurídica> y <culpable> y para ciertos sectores de la doctrina se añade que sea <punible> (Cobo del Rosal), aunque otros autores lo rechazan (Cerezo Mir).

En el desarrollo de la ciencia del derecho penal hay que observar las demarcaciones establecidas por von Liszt y Beling, con la corriente causalista y frente a esa corriente aparece Welzel, que plantea que el objeto no tiene que determinarse por el método, sino el método por el objeto, ello marca lo que se conoce por corriente finalista.

La doctrina ha ponderado aspectos y se adscrito a posturas y, en ese escenario, aparecen los que reafirman un <sistema causalista>, que define que el delito viene determinado por la definición y el contenido que dicha postura mantiene con respecto al concepto de acción, que a partir de ahí se configuran el resto de las categorías: antijuridicidad y culpabilidad. El tipo es el elemento del delito que de forma abstracta describe el supuesto de hecho para el que prevé la imposición de una pena. Esa antijuridicidad puede ser definida desde la perspectiva formal, que supone el desvalor de una conducta al ser comparada con la norma jurídica, o desde la perspectiva material, que se refiere a

las razones de fondo por las que una conducta es declarada contraria a derecho. En esta corriente causalista, la culpabilidad se compone de los siguientes elementos: capacidad de culpabilidad o imputabilidad, dolo o culpa como formas de culpabilidad y juicio de exigibilidad.

En el plano doctrinal se ha desarrollado el <sistema finalista>, que partía de Welzel para quienes el concepto final de acción se erigió en eje central de la estructura del delito. Se entiende que las acciones relevantes penalmente debían venir informadas por una dirección humana encaminada a un fin. No se puede desvincular la conducta del ser humano de la intencionalidad o del interés con la que actúa. En esta corriente el tipo de injusto es considerado como un indicio de antijuridicidad de la conducta, por lo que incluye los elementos subjetivos, sino los objetivos, lo cual implica no sólo un específico ánimo o tendencia, sino el dolo y la imprudencia. Con relación a la antijuridicidad, el finalismo, conforme a su concepto de acción, exige para la antijuridicidad de una conducta la concurrencia, junto con el desvalor del resultado, el desvalor de la conducta: desvalor subjetivo y objetivo. Con relación a la culpabilidad, desde la tradición neoclásica la culpabilidad venía integrada por tres elementos: imputabilidad, formas de culpabilidad (dolo e imprudencia) y ausencia de causas de exculpación, si bien mantiene como el resto de la doctrina una concepción normativa de la culpabilidad, no incluye el dolo y la imprudencia como elementos integrantes de su estructura

Posteriormente se han desarrollado otras corrientes, como la corriente funcionalista con Roxin o Jakobs, que se sitúa con la corriente funcionalista de la sociedad, donde se reafirma el sistema como concepto y categoría y que tuvo amplia aplicación en las ciencias sociales. En la aplicación al ámbito jurídico hay que destacar que, tratan de completar la concepción normativa con concepciones de las normas penales como normas de motivación. Ello tiene una especial significación para encuadrar las funciones del derecho penal. En esta concepción funcionalista la acción es una manifestación de la personalidad y la acción debe ser valorada desde una perspectiva político-criminal, la tipicidad se configura, junto con el principio de legalidad, en la expresión de finalidad preventiva general motivadora de la conducta humana. A la antijuridicidad le corresponde la elaboración y jerarquización de los principios ordenadores de la convivencia social. La culpabilidad, a la que se prefiere llamar responsabilidad, se integra por los conceptos de culpabilidad y necesidad de prevención general.

Señala Mir Puig que la teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos<sup>82</sup>. La teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al derecho positivo, pueden considerarse comunes a ciertos grupos de delitos y es producto de la doctrina jurídico-penal. En ese sentido señala el peso determinado que adquiere el desarrollo penal en el Estado social y democrático de derecho.

Para Muñoz Conde la primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes y que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. PPC. Barcelona.1984.,3

<sup>83</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia.2004.32

Ese ámbito nuclear, el delito, implica la sistematización del análisis de sus elementos y así estudiamos el concepto, los elementos y la estructura, aparte de la clasificación de los delitos. La base de este análisis es el comportamiento-conducta humana y su relación con la norma.

En el análisis del delito aparece la acción y el resultado, las relaciones de causalidad, la imputación objetiva.

La acción y sus formas y, también, la omisión y su estructura ontológica. La acción esperada y las clases de omisión, los delitos omisivos propios, los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión.

Cuando se observa la tipicidad señalamos las formas previstas o tipos penales definidos, que infringen el ordenamiento, antijuridicidad, y que puede ser atribuida a su autor, la culpabilidad,. El tipo tiene en el derecho penal una triple <función>: 1) Una función <seleccionadora> de los comportamientos humanos penalmente relevantes; 2) una función de <garantía>, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; 3) y una función <motivadora> general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador implica a los ciudadanos que comportamientos están prohibido<sup>84</sup>.

La relación entre el tipo descrito, que es la tipicidad, y la antijuridicidad nos aparece el “tipo de injusto”. La antijuridicidad es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico. Siguiendo a Muñoz Conde, el tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad (ratio cognoscendi), pero no se puede identificar con ella (ratio essendi). La identificación entre tipo y antijuridicidad conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo.

El tipo es lo constituido en la norma. Viene a ser la definición social. En ese sentido se entiende la relación de tipo y adecuación social y afecta a priori y a posteriori. Es más, hay un significado a priori y hay otro a posteriori., donde la acción y el bien jurídico se ponen en relación. También se habla de tipo de delito como el conjunto de presupuestos que deben darse para imponer una pena

El tipo está marcado y, en consecuencia, define al tipo de injusto y sobre el se observa la acción conductual, el dolo directo o eventual con su elemento intelectual y su elemento volitivo y la aplicación de la teoría de la probabilidad y la teoría de la voluntad o del consentimiento) y la imprudencia. Implica aspectos subjetivos –tipo subjetivo- y aspectos objetivos –tipo objetivo-. Mención especial requiere el error del tipo, que se puede producir sobre cualquier elemento que configura el delito (acción, causalidad, en el golpe .aberratio ictus o en su tratamiento).

---

<sup>84</sup> Muñoz Conde, Francisco(1984) *Teoría general del delito*. Temis. Bogotá. 1984.8

## 6.- LA TUTELA DE BIENES JURÍDICOS Y EL CASTIGO.

Toda comunidad está organizada, posee unos valores y está regida por leyes y, dentro de ese marco es como se observa y se aplica la tutela de los bienes jurídicos, siendo la Constitución la ley base. En ese sentido la Constitución aparece como ordenamiento de un Estado social y democrático de derecho.

Sin pretender adentrarnos en el ámbito del derecho constitucional, si hay que enmarcar el sentido y dirección de lo que es el Estado social, el Estado democrático, así como la referencia específica al derecho.

La tutela de los bienes jurídicos es entendida e interpretada desde el sistema jurídico, desde el Estado, desde la sociedad y desde el individuo. Desde el Estado es la Constitución la base de referencia. La Constitución como hecho político y como hecho jurídico, que es el reflejo de la reforma desde el poder y la reforma por la voluntad del pueblo. La Constitución es la ley básica y después están las leyes orgánicas, que tienen naturaleza y cometidos propios. Así tienen: 1) especialidades de procedimiento; 2) se refieren a materias determinadas; 3) tienen una protección especial; 4) son el desarrollo de las grandes instituciones. Entre las leyes orgánicas están LOCPJ o el Código Penal: Pero, además, hay que tener en cuenta: a) los Tratados internacionales; b) el Tribunal constitucional; c) Los Estatutos de Autonomía; d) El valor interpretativo de las sentencias del Tribunal constitucional; e) la regulación de las fuentes ordinarias.

Desde la sociedad y el individuo hay que detenerse en el artículo 10 de la Constitución, que sin estar en el título preliminar de la Constitución señala unos límites cualitativos al señalar: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”.

Hay que destacar que hay una protección específica a unos valores que consagra la Constitución y que son refrendadas en el artículo 1, que “propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. De esta forma, de forma expositiva y de forma dispositiva se enmarcan esos valores así en el título I aparece la <libertad> y el título IV aparece la <justicia>. Es decir, se resaltan y se determinan unos valores:

- Libertad
- Justicia
- Igualdad
- Pluralismo político
- 

Al plantearse la libertad, se adopta una visión humanista de la misma y se plasma en: 1) “Las libertades individuales”, donde se describen los derechos individuales de libertad, las libertades económicas y el propio sistema económico. 2) “Las libertades públicas” como libertades espirituales (creencia y pensamiento, información, expresión y difusión del pensamiento, libertad religiosa y libertad de enseñanza) 3) “Los derechos políticos” como el derecho de petición, participación en la Administración de Justicia, el derecho al voto, el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, los partidos. 4) “Los derechos sociales” como la sindicación, de derecho y deber del trabajo. 5) “La garantía y recursos para la protección de los derechos, donde se señalan el derecho, la libertad y



las garantías, las modalidades de protección, los límites de los derechos,, los niveles de protección, las garantías del procedimiento, los recursos, el <habeas corpus>, el recurso de amparo, el defensor del pueblo, el control del departamento y la suspensión de derechos y libertades.

El capítulo segundo de la Constitución nos presenta los derechos y las libertades. Así el artículo 14 señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Dentro de este capítulo segundo aparece la sección 1ª, que trata de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29; la sección 2ª de dicho capítulo y que abarca de los artículos 30 al 38, ambos incluidos trata “de los derechos y deberes de los ciudadanos.

La Constitución señala en el artículo 24 que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”; “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”; “la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

En el artículo 25 se señala que: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”; “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a penas de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y de la ley penitenciaria”.

El capítulo tercero de la Constitución trata “de los principios rectores de la política social y económica” y abarca a los artículos 39 al 52, ambos incluidos.

El capítulo cuarto, titulado “de la garantía de las libertades y derechos fundamentales” y abarca a los artículos 53 y 54. Y el artículo 55 dentro el capítulo quinto trata “de la suspensión de los derechos y libertades”.

En definitiva, hay una conformación sistémica que incluye al Estado, al mercado, a la sociedad y al individuo. En ese marco tiene un lugar determinado la naturaleza y desarrollo de los poderes, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Sin entrar en cada uno de ellos es preciso atender el marco reglamentario y de aplicación procedimental del ejecutivo; la potestad legislativa como potestad del Estado, la visión de la ley como regla general y racional que garantiza la igualdad y los derechos fundamentales.

Esa idea de sistema nos adentra en un orden y en un control, que es a priori y a posteriori (ahí están el derecho de petición, las preguntas, la interpelación)

La Constitución dedica el título VI al poder judicial. Se parte del principio de la división de poderes. En ese sentido hay que destacar que la justicia es una institución constitucional. El poder judicial representa una expresión de la soberanía del Estado y realiza la tarea de aplicación de un orden de derecho y un orden de paz social. La Constitución vincula la justicia directamente a dos grandes instituciones que definen la forma política del Estado español. <La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey> (señala el artículo 117, 1). Y es una institución jerarquizada que culmina en el Tribunal Supremo, <con jurisdicción en toda España>, (según el artículo 123 del texto constitucional)<sup>85</sup>.

El título VI, “Del poder judicial” integra a los artículos 117 al 127, ambos inclusive. Así se señala en el artículo 117 que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”; “los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”; “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”; “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”; “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”; “se prohíben los Tribunales de excepción”.

El artículo 118 señala que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de los resuelto”.

El artículo 119 señala que “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

El artículo 120 afirma que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”; “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”, “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

Entre las notas de atribución, de competencia y de facultad de la justicia cabe destacar que se trata de:

- Son expresión de la soberanía del Estado
- Un poder independiente
- Un poder que tiene la exclusividad de la potestad jurisdiccional

---

<sup>85</sup> Sánchez Agesta, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1993. 14

Aparte de la Constitución el poder judicial se regula y se determina en España a través de una ley orgánica: la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, que determina la estructura y los elementos, la jerarquización y el funcionamiento, los requisitos de selección y de ejercicio, las atribuciones, las competencias, así como la composición del consejo y sus miembros, que viene a ser el órgano de gobierno de los jueces.

La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, lo cual vincula al individuo, a la representación del pueblo, ya que la elaboración de las leyes la realiza n las Cortes y se administra en nombre del Rey, que representa la máxima magistratura del Estado.

El poder judicial tiene su propia forma de organización jerárquica y funcional, siendo el Tribunal Supremo el vértice en la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en el ámbito del cumplimiento de la Constitución

El poder judicial, enmarcando la figura de jueces y magistrados y de la organización judicial cuenta con el ministerio fiscal y disponen de la policía judicial en sus funciones de averiguaciones del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca, según señala el artículo 126 de la Constitución.

La independencia judicial es otro de los rasgos de la aplicación de la justicia. Es más, los jueces y magistrados que la administran son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley

Con relación a la exclusividad de la potestad jurisdiccional hay que señalar que corresponde a los Juzgados y Tribunales , que integran el poder judicial (artículo 117,3 de la Constitución) la potestad jurisdiccional se extiende a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

#### 6.1.- El marco penal: juicio de hecho y de valor

El derecho penal se encuentra en un marco múltiple donde norma, orden, institución, convivencia, libertad, conflicto...están relacionados e integrados, por lo que la operatividad del mismo funciona permanentemente. Hay, por tanto, una “realidad” y una “actualidad” del marco penal, descrito por la ley.

Hay mandato y prohibición, hay deber y obligación, hay derechos y principios, hay acción y omisión<sup>86</sup>que afectan al ámbito objetivo y subjetivo.

Pero, además, hay una interacción de lo abstracto y lo concreto, de las causas y de los fines, de la realidad y de la actualidad, de los ideales y de los intereses, de las acciones y de las situaciones, de los actos y de los hechos. Es que la ruptura con el sistema del ordenamiento jurídico señala el nuevo ámbito: el marco penal.

---

<sup>86</sup> Bacigalupo, Enrique. *Delitos impropios de omisión*. Pannedille. Buenos Aires. 1970

En ese sentido, hay un concepto jurídico de delito en el derecho penal y el artículo 10 del Código penal señala que “son delitos o faltas las acciones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. En ese sentido la definición no coincide con la definición doctrinal que considera delito la acción típica, antijurídica, culpable penada por la ley.

Pese a la no coincidencia entre la definición del Código penal y la doctrina hay que destacar que, el primer elemento del delito, la acción, se reconoce en la declaración legal, la modalidad activa de la conducta, acción, como la modalidad pasiva, omisión, quedan perfectamente delimitados; la consideración dogmática de que la expresión penadas por la ley, quiere situarnos en el plano de la sanción, perfectamente integrada en definición legal; la definición legal incluye las categorías de la tipicidad y la categoría de la antijuridicidad; no entra la definición en la pugna entre los causalistas y los finalistas al plantearnos desde la doctrina la culpabilidad y la presentación legal se encamina en las conductas dolosas o imprudentes, que siguiendo a Luzón Peña esos adjetivos (dolosas o imprudentes) no significa culpables<sup>87</sup>

Hay diferentes criterios para establecer taxonomías o clasificaciones de clases y tipos de delitos, donde podemos seguir:

A.- Teniendo en cuenta al sujeto activo del delito:

Delitos <unisubjetivos> (autor) y <plurisubjetivos> (varios: 513 ó el 472 CP)

Delitos <comunes> y delitos <especiales>(requieren cualificación) Los delitos especiales pueden ser propios, que no cuentan con una figura paralela en los delitos comunes.

Los delitos especiales impropios, que cuentan con un tipo común paralelo, por ej. Las escuchas telefónicas art. 197 CP.

Algunos autores introducen dentro de los delitos especiales los delitos de propia mano.

B.-Por la conducta típica y el resultado:

Delitos de <mera conducta> (sólo requiere una determinada conducta activa o pasiva) y delitos de <resultado> (aquellos en los que el tipo requiere para su consumación la producción de un resultado material

Delitos <simples> (describen una sola acción); delitos <compuestos> o delitos de varios actos de conducta o de resultado; delitos <mixtos>, que describen varias conductas delictivas pero de forma disyuntiva; y delitos de hábito o habituales, como ej.s.: el maltrato familiar del art.173,2 de CP.

C.-Por la relación con el bien jurídico:

Delitos de <lesión> (que suponen lesión o menoscabo); y delitos de <peligro> (que se consuman sin necesidad de lesión y, dentro de este tipo se pueden distinguir entre delitos de peligro concreto, que requieren actividad, por ejemplo la conducción temeraria del art.381 del CP y delitos de peligro abstracto en los que la ley presume “iuris et de iure”, que una determinada conducta hace peligrar un bien jurídico

Delitos de <consumación normal> (que se produce una vez que se ha ejecutado), y delitos <de consumación anticipada> (que tiene lugar antes de producir la efectiva lesión.

---

<sup>87</sup> Luzón Peña, Diego M. *Estudios penales*. PPU. Madrid. 1991

Delitos <instantáneos> (la consumación se da en cuanto se realiza el último acto), <permanentes> (con la consumación se crea una situación antijurídica duradera –por ejemplo delitos contra la libertad-) y <de estado> (la consumación crea una situación antijurídica duradera, pero la situación no depende de la voluntad del agente)

Delitos <uniofensivos> (que afectan a un solo bien jurídico), o <pluriofensivos> (que afectan a más de un bien jurídico).

D.-Por la conexión entre los tipos: delitos <básicos> y delitos <derivados>

Delitos <básicos> (contienen los elementos fundamentales de una determinada conducta delictiva), y los delitos <derivados> (que son aquellos que proceden de los tipos básicos a los que se añaden elementos adicionales)

E.- Otras distinciones:

Delitos <comunes (recogidos en el Código) y delitos <especiales> tipificados en leyes separadas

Por el momento de su descubrimiento: delitos <flagrantes> y <no flagrantes>.

Por el tipo de conducta que se exige, delitos de <comisión> (que exigen conducta activa) y delitos de <omisión> (no hacer)

Por la actitud del sujeto: delitos <dolosos> (con conciencia y voluntad) y delitos <imprudentes> (se actúa incumpliendo una norma)

Por la motivación podemos diferenciar delitos <comunes> y delitos <políticos>.

Por la gravedad de la pena se diferencian delitos <graves>, delitos <menos graves> y <faltas>

Por la atención a su perfección se pueden distinguir delitos <intentados>, delitos <consumados> y delitos <agotados>.

Atendiendo a los requisitos procesales encontramos delitos de <denuncia> y delitos de <querella>.

La causación y la imputación son los dos ámbitos a delimitar en el planteamiento de la tutela de los bienes jurídicos que el Estado y la Comunidad tratan de preservar, de continuar, ya que reflejan la seguridad y la paz social. El delito rompe con ese orden y en consecuencia produce una ruptura.

El derecho penal, como rama del ordenamiento, tiene como fin el orden, la paz social y la seguridad jurídica y, en consecuencia, hay un repertorio normativo de respuesta con soporte institucional.

Para el derecho penal español, siguiendo el artículo 10 “son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”, siendo el primer elemento del delito, la acción. Conducta como acción en su dimensión activa, como en su dimensión pasiva. La expresión “penadas por la ley”

La tipicidad es proclamación y garantía, proyecta y refleja un marco y una situación, es, en definitiva el escenario donde hay descrito el guión de conductas acordes a lo establecido. Por ello se habla de marco legal.

Las conductas que no se ajustan a ese modelo son las que se encuadran en el marco del delito. Aquel tipo de injusto que lesiona bienes jurídicos protegidos por la ley. Es decir, aparecen acciones y resultados contrarios a las leyes.

Las conductas delictivas se dan en un lugar y en un tiempo, por lo que al encarar el hecho y el valor de la acción hay unas circunstancias que nos van a indicar la extensión de la acción delictiva

La acción puede ser entendida como la conducta activa o pasiva dependiente de la voluntad, Es el primer elemento en la identidad del delito. El derecho penal protege bienes jurídicos y exige que el individuo cumpla con la ley y que su conducta no lesionen esos bienes jurídicos.

El término acción puede ser entendido en un sentido estricto según la conducta externa y la causalidad y finalidad. En ese sentido, la doctrina establece diferentes categorizaciones ponderando la acción y el resultado, la actividad y la pasividad y lo estático y lo dinámico (o movimiento). Hay, en este sentido, diferentes consideraciones en las corrientes causalistas y finalistas y, también en las funcionalistas.

En ese escenario nos encontramos con la comisión del delito, que implican que el sujeto lleva a cabo una conducta que prohíbe el Código y, también podemos observar los delitos de omisión, aunque también aparecen delitos de comisión por omisión.

Los hechos son objetivos, externos demostrables, implican lo que von Kries denominaba causalidad adecuada.

Desde la perspectiva del derecho en general, se han desarrollado distintos enfoques que han analizado la causa y la relación de causalidad: la teoría de la equivalencia de las condiciones; la teoría de la causa próxima; la teoría de la causa eficiente; o la teoría de la causa adecuada o idónea. En derecho penal hay que observar la relación entre la causalidad y la culpabilidad.

El análisis de la acción, conducta delictiva nos traslada a la causalidad y a la imputación objetiva. La imputación objetiva del resultado es un requisito del tipo objetivo de los delitos de resultado. La imputación objetiva requiere la existencia de una relación de causalidad material entre acción y resultado.

La acción u omisión delictiva presenta una unidad y, en consecuencia, en el delito aparecen una serie de acciones, que componen la unidad de ese acto. Conectado con todo ello está necesariamente la responsabilidad penal del individuo en donde deben concurrir los siguientes requisitos:

- La existencia efectiva de un nexo causal
- La relevancia jurídico penal de ese nexo

La acción conlleva ámbitos subjetivos, que se circunscriben en la intencionalidad y en la voluntad y ámbitos objetivos, que ponen de manifiesto actos determinados que componen esas acciones delictivas. La imputabilidad es, pues, la conjunción de los elementos externos e internos, de los elementos subjetivos y objetivos.

La valoración pasa por la acción, pero, también, por la legitimación y legitimidad de la paz social, del orden, de las leyes y de las instituciones que van a mediar y mediatizar

en la calificación del delito o falta. Esta conjunción implica que la comisión de un delito conlleve no sólo la acción, sino la reacción y, en consecuencia, las funciones de protección del derecho penal.

La simple acción pasa a delito por la existencia de una legislación y por la presencia de un sistema que sanciona las conductas que no se ajustan a tales leyes. En ese sentido, institucionalmente, se parte de la unidad como principio, donde quedan integrados la revisión de los elementos del delito.

Sólo de esta forma es considerada la acción como delictiva y, en consecuencia, la respuesta es la ajustada a los procedimientos que la propia ley establece y que componen el ordenamiento jurídico penal.

## 6.2.- Mandato y prohibición

Todo Estado tiene un territorio, una población y una organización. Todo territorio tiene una estructura material y formal, donde la ley tiene su lugar, su identidad y su significado. Todo Estado organizado posee un repertorio de normas que conforman y cohesionan esa estructura. Es ese ámbito normativo donde se incluyen los mandatos y las prohibiciones.

Desde la perspectiva del derecho penal esos mandatos y prohibiciones, que aparecen en los cuerpos normativos, son entendidos desde los referentes, leyes, que enmarcan fines, tienen unas causas y se expresan en una racionalidad lógica, dándonos el sentido y la dirección, son referencias

Señalamos que en el estudio y análisis del delito se revisan y se repasan desde la perspectiva académica la <acción>, la <tipicidad>, la <antijuridicidad>, la <culpabilidad> y la <punibilidad>.

Por ello, desde el marco del derecho penal se van a conformar las variables independientes, convertidas en dependientes para poder analizarlas y que, teniendo distintas naturaleza, se configuran en el acto y consecuencias, que tienen significado individual y colectivo, particular y general, privado y público, subjetivo y objetivo, y que encuentra tratamiento jurídico. De ahí, la especialización del ordenamiento jurídico y penal.

Como marco explicativo de ese repertorio legal en el derecho penal es comprendido y explicado a través de la tipicidad y de la antijuridicidad.

La tipicidad es la definición legal. Las leyes fijan, marcan los límites, refrendan el principio de legalidad y tienen una utilidad para la convivencia, ya que fijan las reglas de la convivencia, marcan las delimitaciones de las actuaciones de los individuos e esa población y marcan las condiciones de las actuaciones de lo permitido, de lo tolerado y de lo prohibido.

El sistema normativo es el elemento básico de la existencia, de la identidad y del desarrollo de un Estado y es, igualmente, el elemento de referencia y de referentes en el mundo (como ámbito o campo especial del derecho) del derecho penal, que tiene como

manifestaciones un repertorio básico, el Código de derecho Penal, la Ley de Enjuiciamiento general, pero, además disposiciones legales y reglamentarias, que componen las bases de actuación.

Es a través de la tipicidad como se establecen los tipos penales o modos como se describen las conductas declaradas como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Hay en la construcción del tipo una dimensión descriptiva y, al mismo tiempo, normativa.

En el estudio del delito, en este caso siguiendo a Luzón Peña, se pueden observar varias clases de tipo, bien sea: 1) En atención al sujeto activo, que aparecen delitos unisubjetivos y delitos plurisubjetivos; delitos comunes y delitos especiales. 2) En atención a la conducta típica y resultado nos encontramos con delitos de mera conducta y delitos de resultado; delitos simples, compuestos, mixtos y habituales. 3) En atención al bien jurídico protegido y nos encontramos con delitos de lesión y de peligro; delitos de consumación normal y delitos de consumación anticipada; delitos instantáneos, permanentes y de estado; y delitos uniofensivos o pluriofensivos. 4) En atención a la conexión entre los tipos, que pueden ser tipos básicos y tipos derivados.

El otro término, que es elemento básico en el análisis del delito al lado de la tipicidad, es la antijuridicidad, que nos lleva a la contradicción de la conducta con relación a la norma penal

El ordenamiento jurídico impera. Sirve de marco de referencia y de referente para el desarrollo de la vida social y jurídica. Desde el siglo XIX se ha venido construyendo el alcance y el significado de la eficiencia legal. De hecho, han sido los autores alemanes *Rechtswidrigkeit*, *Rechtswidrig* y, posteriormente, von Liszt, los que lo han construido unos significados a los términos antijuridicidad o antijuricidad y antijuridico, pasando a España ha sido recogido en la década de los cuarenta.

El término antijuridicidad no es exclusivo del ámbito del derecho penal, pero con él se indica la contrariedad entre la ley y la acción conductual. Desde la óptica del pensamiento clásico del derecho la antijuridicidad reflejaba el juicio objetivo de desvalor sobre la situación causada por una acción (resultado). En definitiva, la antijuridicidad nos relaciona con lo injusto, donde se aprecia una antijuridicidad formal y material, donde aparece la lesión y el peligro y el desvalor de la acción y del desvalor del resultado.

Posteriormente, la corriente neoclásica ha añadido al marco objetivo el añadido de los elementos subjetivos del injusto en algunos tipos delictivos. La corriente causalista considera la antijuridicidad como elemento esencial y fundamentalmente objetivo. Para la corriente finalista, conforme a su concepto de acción, exige para la antijuridicidad de una conducta la concurrencia junto con el desvalor del resultado el desvalor de la conducta.

En ese sentido, se señalan dos formas de entender la antijuridicidad: la perspectiva formal, que expresa la contrariedad de una conducta a derecho, que es una conducta contraria a las normas; y desde la perspectiva material expresa el fundamento o la razón por la que una determinada conducta está prohibida o es desvalorada por el ordenamiento público



La antijuridicidad nos traslada a la relación entre conducta y a la ley, donde puede haber causas de exclusión de la antijuridicidad, por lo que hay causas de justificación, lo cual nos adentra en el tema de las eximentes. Las causas de justificación aparecen recogidas en los apartados 4º, 5º y 7º del Código penal, es decir, la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

Al lado de las eximentes el derecho penal también incorpora otras variables que se añaden a la acción, las agravantes, que se suman al tipo y que vienen descritas en el artículo 22: del Código penal: la alevosía; ejecutar un hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas; ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa; cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación; aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima; abuso de confianza; prevalerse del carácter público; o ser reincidente.

Es decir, el ordenamiento penal nos adentra en la acción y la autoría, donde se individualiza la acción y aparece el autor, pero puede haber figura o tipos que tienen distintos niveles de acción y participación, y, en ese sentido se habla de autor, cómplice, colaborador y, que tienen sujeción al marco legal

Aquí es donde hay que resaltar la antijuridicidad (con dolo o imprudencia). La acción típica se encuentra infringida y hay una lesión del deber objetivo, que es expresado de múltiples formas y se habla de “culpa”, “culposo”, “imprudencia”, “negligencia” (negligencia temeraria o negligencia simple)..., que ponen de relieve los afectos de la responsabilidad de los actos, que deben estar de acuerdo con las leyes.

“El deber objetivo de cuidado”, que ya señalaba el penalista alemán Engisch, en 1930, manifiesta la relación acción-reacción, libertad-obligación, derecho-deber y voluntad-responsabilidad. De hecho, el posicionamiento enmarcado por Engisch nos adelanta que ese “deber objetivo de cuidado” es un concepto objetivo y normativo.

Tipicidad y antijuridicidad, siendo elementos del delito requiere tener en cuenta la aplicabilidad en la conjunción de derecho y hecho. En ese ámbito se desarrolló la teoría del derecho penal, que pone de relieve la falta de concordancia entre la realidad y la representación que de la misma tiene el sujeto<sup>88</sup>. Para adentrarse en el error en derecho penal hay que diferenciar la ignorancia del error. La ignorancia es ausencia de conocimiento y el error es el conocimiento falso o equivocado. Todo error implica una previa ignorancia total o parcial del objeto sobre el que recae el conocimiento. Pero, no toda ignorancia implica un error.

Se ha diferenciado ignorancia pura, consistente en la simple y absoluta falta de conocimiento e ignorancia-error, en el que desconocimiento produce una falsa representación de la realidad.

Debe diferenciarse de la ignorancia y del error, la duda, que nos traslada a lo incierto, de forma más o menos alternativa. Todo ello tiene incidencia directa en el análisis del dolo y de la culpa.

---

<sup>88</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón. *Derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1988.33

Se ha ido construyendo la teoría del error en derecho penal, donde se distingue entre: 1) error de tipo; 2) y error de prohibición. Esta taxatividad sustituye al marco interpretativo tradicional que planteaba: a) el error de hecho, si el error se refería a los elementos fácticos del delito; b) y error de derecho, si se refería a los elementos normativos.

El error de tipo supone que el autor cree equivocadamente que en su actuación no concurren todos los elementos que integran la conducta penal. Si el error sobre el tipo es vencible el dolo queda excluido, pero no así la culpa. Si el error es invencible resulta excluido no solo el dolo, sino también la culpa. Para la teoría causalista el error sobre los elementos del tipo excluye o disminuye el dolo y, en su caso, la imprudencia, siendo dicho error causa de inculpabilidad. Sin embargo, para la corriente finalista el dolo y, en su caso, la imprudencia forma parte del injusto típico y no se observa desde la culpabilidad, sino sobre la antijuridicidad.

El error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce la concurrencia de todos los elementos que fundamentan el tipo penal y, sin embargo, desconoce la prohibición y la valoración negativa que de dicha conducta realiza el ordenamiento jurídico. Para la corriente causalista, conforme a la teoría del dolo, considera que el error de prohibición excluye el dolo, ya que éste requiere conciencia de la antijuridicidad y el error de prohibición tiene el mismo tratamiento que el error sobre el tipo. Para la corriente finalista, siguiendo la teoría de la culpabilidad, el error de prohibición no afecta al dolo, integrado en el injusto típico, sino a la culpabilidad.

Hay también el error sobre las causas de justificación, que consiste en la creencia errónea por parte del sujeto de que concurren en su conducta los presupuestos objetivos, que pueden dar lugar a la aplicación de una causa de justificación.

Sin embargo, se pueden observar distintas clases de error: a) directo (desconocimiento de la concurrencia de algunos de los elementos del tipo), y error inverso (creencia errónea de que concurre un elemento típico) y error de tipo inverso; error de prohibición inverso, error inverso en las causas de justificación.

### 6.3.-Racionalidad, Estado de derecho y justicia: la punibilidad

El derecho penal, como medio de control social<sup>89</sup>, es uno de los instrumentos de socialización e interacción en la sociedad y sirve y persigue la cohesión social, la convivencia, la seguridad y la paz social. A sensu contrario, una sociedad no puede subsistir sin una normación que regule y determine consecuencias, efectos y resultados. En el ámbito del pensamiento y de la concepción del derecho hay niveles de intervención y aplicación. Así, el derecho administrativo tiene una actividad de ejecución-intervención directa. Pero es el derecho penal el que, desde la perspectiva de las ciencias normativas, va a intervenir conjugando normas y valores, la que va a combinar la operatividad y la simbología. Aquí, se observan las diferencias entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal.

---

<sup>89</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. PPC. Barcelona. 1984.1

Ese inmenso marco del derecho penal abarca al plano gnoseológico, al plano cognitivo y al plano operativo, ya que siendo derecho, ordenamiento, tienen distinta sustentación y orientación. Por ello nos adentramos en las diferencias que existen dentro del derecho como marco. El sistema jurídico penal, su enunciado, marca el escenario y las reglas de juego de la convivencia. Las normas jurídicas marcan los “supuestos de hecho”, pero, además, las “consecuencias jurídicas”.

El derecho penal tiene definido una naturaleza, una causalidad y una finalidad en el sistema normativo, por lo que su proyección, extensión y aplicación afecta al Individuo, al Estado a la sociedad y al mercado. Dentro de ese plano alcanza significado la dimensión de respuesta y la conjunción de la misma. Así la pena y las medidas de seguridad son componentes de ese derecho penal como consecuencias jurídicas de las relaciones entre las normas jurídicas y las conductas –acciones- de los individuos. Es decir, se integran derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades. Aquí, entra directamente la responsabilidad derivada del delito

El derecho penal alcanza su desarrollo y su función, precisamente, por la conformación de descripción expositiva de los hechos, por la dimensión dispositiva y por las consecuencias de ambas: la sanción y el castigo de las infracciones. Es aquí donde y como se han desarrollado las distintas teorías de la pena:

- Las tesis de la retribución o reparación
- Las tesis de la prevención (general y especial)
- Las tesis eclécticas

La ubicación sistemática de la punibilidad se encuentra en el artículo 10 al señalar que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. Es decir, se explica y se racionaliza, aunque la doctrina no es unánime, a que el castigo-sanción si está penado por la ley. De ello se deduce que en la interpretación hay una gama diferenciada que va desde concebir que sólo hay delito si hay una pena determinada para el mismo hasta los que se configuran en la intervención directa. A efectos de su sistematización podemos señalar sintéticamente las siguientes posturas:

Para un sector doctrinal el delito no existe sin punibilidad. Ahí están las concepciones dogmáticas del delito. De este modo, la conducta típica, antijurídica, culpable no puede ser constitutiva de delito si no es punible. Aquí se encuadran autores como Beling o Jiménez de Asúa, que aglutinó en ese concepto de punibilidad las condiciones objetivas de la misma, las condiciones de perseguibilidad y las excusas absolutorias

Para otra corriente, entre los que se encuentra Cobo del Rosal, no se considera la punibilidad como elemento constitutivo del delito, sino como una categoría meramente conceptual que sirve para definir. En ese marco, la punibilidad estaría como posibilidad legal. Es decir, la pena no es necesaria sino que es meramente sistémica.

Otra corriente, entre ellas Welzel y que ha tenido diferente seguimiento en España con Rodríguez Muñoz, Gimbernat Ordeig o Quintero Olivares, que entiende que la punibilidad no puede ser considerada una categoría del delito, que existe cuando hay una conducta típica, antijurídica y culpable

Todo ello nos lleva a una dificultad a la hora de determinar conceptualmente la punibilidad al plantearnos definirla, toda vez que nos encontramos con posturas que

condicionan y excluyen la punibilidad como elemento del delito. Sin embargo, pese a que pueda no ser considerada la punibilidad como elemento esencial del delito, sino que se trata de una forma de recoger y elaborar elementos que el legislador ha establecido y, en ese sentido, señala Quintero Olivares que la punibilidad podría considerarse como el conjunto de presupuestos legalmente exigidos para que el injusto culpable pueda ser penado.

En la legislación penal se observan dos tipos de elementos que afectan a la punibilidad:

- Las circunstancias cuya concurrencia excluyen la posibilidad de imponer la pena inicialmente prevista
- Las circunstancias que el Código penal exige para permitir la imposición de la pena.

Dentro de ese plano legal nos encontramos con las “excusas absolutorias”:

- Artículo 268 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado ni viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre si, siempre que no concurra violencia o intimidación”
- Artículo 454 del Código Penal: “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de efectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451”.
- Artículo 480 del Código Penal: “1. Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias”.
- Artículo 462 del Código Penal: “Quedarán exentos de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado”.
- Artículo 207 del Código Penal: “El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”
- Artículo 16,2º del Código Penal: “Queda exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta”

Conectado con las causas de exclusión nos encontramos con figuras cualitativas:

- 1) la inviolabilidad, que supone que la persona inviolable no puede ser sometida a procedimiento penal alguno. Así aparecen:
  - La inviolabilidad del Rey
  - inviolabilidad de los parlamentarios (en el ejercicio de sus funciones.
  - Las previsiones establecidas en los Estatutos de Autonomía

-Los Magistrados del Tribunal Constitucional

-El Defensor del Pueblo y sus Adjuntos

2) la inmunidad, que es la imposibilidad de someter a ciertas personas a los tribunales para que respondan por los hechos delictivos cometidos.

Requisitos que vienen determinados por la Ley.

## 7.- FUNCIONES TRADICIONALES DEL DERECHO PENAL

El delito y la pena se sitúan en el horizonte perceptivo, cognitivo y operativo de cualquier comunidad. Toda sociedad está organizada y el delito representa la ruptura del orden jurídico y, dentro de ese marco jurídico se señala la penalidad. Delito y pena van a centrar el objeto de estudio del derecho penal.

Es a partir de ahí como se han ido construyendo los significados, los sentidos y las direcciones que presenta este derecho penal en la sociedad. A partir de ahí, el derecho penal iba consolidando unas funciones, tanto explícitas, como implícitas, y que abarcan a todo el conjunto social.

El derecho penal se sitúa dentro del ordenamiento jurídico y realiza un papel legal, formalizado, objetivo, público y aplicado. Pero se completa con el seguimiento-cumplimiento, es material y tiene aplicación subjetiva y privada. De ahí, el sentido subjetivo y objetivo, donde, al lado del derecho penal, está la responsabilidad civil del delito.

El derecho penal tiene su configuración institucional en la modernidad y ha cumplido unas finalidades determinadas: una finalidad preventiva – en la medida en que anunciaba los delitos- y una finalidad represiva –en la medida en que fundaba la seguridad y la paz social. De ahí que podemos seguir a Mir Puig y señalar que son derecho penal las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y (o) medidas de seguridad, como consecuencia jurídica<sup>90</sup>.

La norma es un enunciado legal, que es un conjunto de símbolos lingüísticos con un mensaje prescriptivo y consta de dos grandes notas que las caracterizan: los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas. A ello hay que añadir, por una parte, que no todo enunciado legal expresa una norma jurídica; y, por otra un enunciado legal puede servir de base a más de una norma jurídica. De ahí, que se pueda hablar de normas primarias y normas secundarias, normas de valoración y normas de determinación.

El delito y la pena se convierten en el núcleo del derecho penal, de ahí, que al pretender abarcar las funciones del derecho penal la doctrina venía señalando las variables que presenta ese núcleo.

Delito y pena centran la construcción teórica del alcance y significado del derecho penal. La vigencia en el espacio público y su justificación tienen una fundamentación y justificación propias.

Delito y pena encierran los referentes que nos indican la dirección y sentido del derecho penal. El delito ha sido delimitado y construido doctrinalmente y, en ese sentido, se habla de los elementos del delito y, en ese sentido hay que resaltar el desarrollo de la norma penal en el Estado social y democrático de derecho. En ese marco se puede afirmar el significado directivo del derecho penal.

El comportamiento, entendido de forma genérica, presenta como rasgo, el producirnos al lado de otro –cum/portare-, donde la sociedad, el individuo y el Estado se sienten

---

<sup>90</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. PPC. Barcelona. 1984. 36

vinculados a través de acciones, valores y normas. De ahí la importancia, que en las ciencias normativas adquieren la conducta. La conducta humana se manifiesta en la acción, que es la base en el estudio del delito.

El desarrollo del Estado de derecho marca límites y, entre ellos está el *ius puniendi*, basado en el desarrollo del principio de legalidad, donde hay un seguimiento del principio de humanidad de las penas y que enmarca el principio de culpabilidad, es decir, el desarrollo del principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho realizado, el principio de dolo o culpa y el principio de atribución. Todo ello se concluye con el ejercicio del principio de proporcionalidad

El estudio del delito nos lleva a individualizar y aparece la unidad y la pluralidad de delitos (concurso de delitos), unidad de acción y de delito, que conlleva un factor final y otro factor es el normativo. Aquí nos encontramos igualmente con el concurso ideal, donde hay unidad de acción y pluralidad de delitos y el concurso real donde hay pluralidad de acciones y pluralidad de delitos. También aparece la pluralidad de acciones y unidad de delitos, donde podemos encontrar el delito continuado con sus elementos objetivos y subjetivos, y el delito masa.

En la construcción teórica del delito nos detenemos en los elementos, la tipicidad, la estructura del tipo y clases, el tipo doloso de acción, el tipo imprudente, el tipo de injusto, los tipos de imperfecta realización (actos preparatorios, tentativa y frustración), tipos autoría y tipos de participación, autor, autoría y participación, la antijuridicidad, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber, consentimiento, caso fortuito, culpabilidad, imputabilidad y la enajenación, trastornos mentales, minoría de edad, error de prohibición, agravantes, concurso y consecuencias jurídicas.

Al lado del delito aparece la pena donde nos encontramos las penas privativas de libertad y su suspensión y otras penas restrictivas de libertad, penas privativas de derechos y penas pecuniarias (multa, caución y comiso). El tema central se delimita en la determinación de la pena, que se realiza en el cumplimiento de la misma. Al lado, está la extinción de la responsabilidad penal y la rehabilitación.

Pese a centrarnos en la pena hay que destacar que los elementos del delito son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. A ello se une una respuesta y una atención específica: la sanción, que ha sido entendida como “penalidad” o como “punibilidad”<sup>91</sup>, donde aparecen condiciones objetivas de penalidad, las excusas absolutorias y las causas de extinción de la responsabilidad criminal: la amnistía y el indulto, la prescripción y el perdón del ofendido.

La Constitución nos señala en las penas privativas de libertad el doble carácter de las funciones que cumple:

Reeducación  
Reinserción social

En ese marco de referencia, delito y pena, se han desarrollado distintos enfoques y desarrollos teóricos y de fundamentación. Aparte del delito y su encuadre legal, jurídico, técnico, mecánico y social, aparece la pena, siendo las teorías de la pena:

---

<sup>91</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis. Bogotá. 1984..172

Las tesis de la retribución  
Las teorías de la prevención (General y Especial)  
Las teorías eclécticas

De esa combinación de las funciones de retribución y prevención se deduce que hay unas funciones específicas de la pena:

Realización de la Justicia  
Protección de la sociedad a través de la amenaza  
Protección de la sociedad evitando la reincidencia

Colateral a la valoración y consideración de la pena y su visibilidad del derecho penal y sus funciones aparecen las funciones de las medidas de seguridad, donde aparece la <prevención especial>.

En el Estado del bienestar hay una idea conformada socialmente de las funciones que cumple el derecho penal en la sociedad, donde podemos resumir que el Código penal es retribucionista y, pese a su cuestionamiento, hay una función de realización de la justicia, aunque la protección de los bienes jurídicos penales sea fragmentaria

Ante el análisis de las funciones del derecho penal hay, en la doctrina, dos grandes corrientes: 1) unas “absolutas”, que parten de la idea de globalidad, totalidad y de pretensiones esencialistas; 2) y otras “relativas”, que se enmarcan en la fragmentación y observan aspectos como el consenso, el pragmatismo, la utilidad, la coherencia, etc.

Hay que diferenciar en las teorías de la pena, que, dentro de la corriente de las teorías absolutas no hay unanimidad en los elementos y estructura. De hecho, nos encontramos con los partidarios de las teorías retributivas y rechazan cualquier consideración utilitarista (Cobo del Rosal y Vives Antón, 1999, 810<sup>92</sup>; Orts Berenguer y González Cassac, 2011, 392<sup>93</sup>); las teorías absolutas constituyen teorías de la pena pero no teorías de los fines de la pena (Maurach y Zipf, 1987, 64<sup>94</sup>). La pena que se justifica por sí misma (García-Pablos de Molina<sup>95</sup>, 2012, 239), tiene su base en el delito cometido. Otros señalan la retribución como sanción (Romeo Casabona, 2011, 20) o simple compensación por el mal causado (Díez Ripollés, 2011, 29).

En ese sentido, desde la teoría de la pena aparece la tesis de la <retribución>, que es exigida por la Justicia por la comisión de un delito. En la búsqueda de las justificaciones aparecen en las religiones donde aparece el talión, el ojo por ojo, pero son los filósofos desde los sofistas pasando por Platón y Aristóteles enmarcan la ética, la virtud, la equidad y la justicia, que es seguida por la idea de compensación y castigo del derecho romano y germánico, que ha sido configurado por la patrística y la escolástica, además del peso determinado que impuso el iusnaturalismo y que recibe en la Ilustración con Hegel y Kant un nuevo impulso. La idea de equilibrio, compensación, resarcimiento y retribución, que plantea Hegel.

---

<sup>92</sup> Cobo del Rosal, y Vives Antón, T.S *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.810

<sup>93</sup> Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L. *Compendio de derecho penal. Parte general y especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.392

<sup>94</sup> Maurach, R y Zipf, H. *Tratado de derecho penal*. Ariel. Barcelona.1962. Traducido por Juan Córdoba Roda

<sup>95</sup> García-Pablos de Molina, A. *Introducción al derecho penal*. Fundación Areces. Madrid 2005



Otras corrientes del pensamiento penal se adscriben a las <teorías relativas>, que proyectan y reflejan ámbitos coyunturales y estructurales que sirven de referencia para justificar y explicar. Así aparece la <teoría preventivo especial> de von Liszt, la <prevención general negativa> de Bentham y Feuerbach; la <prevención general positiva> con Welzel (Welzel, 1965,3), con Hassemer (Hassemer 1982,137) y Zipf (Zipf, 1982, 354), o la <prevención general positiva fundamentadora> de Jakobs (Jakobs, 1991, 1).

En definitiva, quedan presentadas de forma general las funciones del derecho penal en el Estado social y de derecho.

### 7.1.-La función de prevención

El derecho penal tiene entre sus funciones la de la prevención legal. Nulla pena sine lege. Marca definitivamente las reglas a las conductas de los individuos del Estado y, en ese sentido, delimita y refuerza su ámbito propio de su misma jurisdicción, al lado de otras ramas de las ciencias normativas.

La paz social y la seguridad jurídica están delimitadas desde el principio de legalidad y, en ese contexto el derecho penal tiene como objeto de su desarrollo la aplicabilidad de la ley penal

En el desarrollo y evolución del derecho penal se ha pasado de la respuesta al delito hasta la aplicación analítica y sistemática del ordenamiento penal, donde la pena tiene unos fines delimitados. Ello representa un nuevo marco de la misma, donde hay diferentes posiciones ante la misma.

El derecho penal viene a ser el conjunto de normas jurídicas del Estado que tutela bienes jurídicos y describe delitos y penas.

Sin embargo, dentro de la realización del Estado social y democrático de derecho, la pena está integrada y cumple unos fines determinados. Es obvio que detrás de la expresión pena aparece la idea de sanción y castigo, pero, desde la perspectiva del derecho penal, la misma es la respuesta del sistema normativo.

Metodológicamente la pena se sitúa como <consecuencia> de la comisión de un delito, como <resultado> de la ruptura con el sistema normativo y como <respuesta> institucional. De esta forma, queda integrada sistemática y jurídicamente.

Al revisar la pena, hay que reseñar el cómo se ha ido presentando la evolución histórica del <castigo> y la <sanción>, que en todas las sociedades existe. En nuestro contexto, en el Antiguo Régimen, desde la Inquisición, aparecía la “ejemplaridad”, la “publicidad”, la <crueledad> y la <dependencia servil>. Aquí había un marco de orden y control vertical, donde no cabía la disparidad. De esta forma se ha construido la visión de homologación e integración, donde la obediencia tenía connotaciones de obediencia

y obligatoriedad (se identifica con pecado. Hay una identificación entre la desviación y el delito y, en ese contexto, aparece como instrumento probatorio la confesión y, colateral con ello, los medios de tortura para la misma).

Conviene no perder de vista el peso de la <tradición> –tradere- y la <creencia> –credere- en ese orden absolutista que mantenía a través del castigo el orden. Esta raíz histórica tiene un añadido cualitativo: el marco antropológico, que ha servido para la construcción de la normalidad, que era definida desde el poder.

El simple repaso a los manuales de historia del derecho nos ofrece una panorámica del castigo, de la sanción, de la persecución y de la pena. La pena estaba presente en toda la historia del desarrollo social. De hecho, en nuestra cultura occidental el premio, el don, se contraponen al castigo y la exclusión. Así, en ese marco ya la idea del maná judío, la idea de equidad y justicia en Platón en su diálogo El Critón o el deber, la valoración en Ética a Nicómaco de Aristóteles, pero, fundamentalmente la revisión de la patrística y la escolástica han marcado todo espacio conceptual que ha tenido en el iusnaturalismo su extensión. Hay, pues, un pasado con su peso histórico, antropológico y filosófico justificativo de la pena.

El ajuste y adaptación a la modernidad ha sido cualitativamente significativo como podemos observar en el “Tratado del segundo gobierno”, de John Locke, o la visión de Montesquieu en su obra “El espíritu de la leyes”, donde se describe no sólo la división de poderes, sino, fundamentalmente el papel de las leyes y el principio de legalidad, que va a afectar directamente a los principios de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad.

Pero el ajuste a los nuevos tiempos ha tenido respuestas variadas y, así, aparecen en ese escenario histórico las aportaciones del positivismo, las respuestas del historicismo, las visiones dialécticas, las adaptaciones ideológicas del liberalismo, y, posteriormente, las aportaciones de la fenomenología ( y la axiología), el formalismo, la hermenéutica, etc. que han ofertado esquemas de referencia y que han sido utilizados desde la perspectiva ideológica, lo cual establece otro sistema de creencias.

Desde esa perspectiva antropológica del pasado, la pena aparecía de forma unificada de lo <natural>/<normal>y, en ese sentido, la forma <normal> (normalidad/normatividad) la pena era presentada como compensación a algo realizado o sucedido. Otra cosa son los enfoques de la actualidad donde a lo <natural>, lo <normal> se añade lo <virtual> (que es la instrumentalización de lo artificial, lo virtual, lo ideal combinado con lo real). La pena ha tenido, pues, distintos significados según nos situemos en el plano <vulgar> o del sentido común; en el plano <popular>, en el plano <religioso>, en el plano <poético>, en el plano <filosófico>, en el plano <científico>, en el plano <técnico> o en el plano <tecnológico>. Así, en el plano vulgar la pena era y representaba una pérdida; en el plano popular aparecía la idea de castigo, de represión o reprendimiento; en el plano religioso la pena es la exclusión, expulsión y condena; en el plano <poético> es pérdida, etiqueta y marca; en el plano filosófico es respuesta, compensación y justificación; desde el plano científico es un elemento u objeto de análisis; desde el plano técnico es una situación; y desde el plano tecnológico una simple prueba. En el plano científico jurídico es reparación-restitución por la infracción y daño causado. Es evidente que detrás de cada uno de estos planos están formas de saber y, a esas formas de saber hay que añadir las ideologías.

Al encuadre o referencia antropológica hay que añadir la jurídica y a su encuadre científico, donde la pena es objeto de estudio y, en consecuencia, se ha desarrollado todo un marco epistemológico, la penología, que ha tenido un gran desarrollo en nuestro contexto, piénsese en la evolución de las penas, en el tránsito del presidio a cárcel, las penas privativas de libertad, la proporcionalidad y graduación de las penas, etc. Sólo revisando el plano histórico de Europa y EEUU y las figuras de Alexis de Tocqueville y su “Democracia en América” o el informe para el gobierno francés sobre las cárceles en los EEUU, al igual que el papel de J. Bentham y su obra “El Panóptico” o en nuestro contexto Concepción Arenal o Ramón de la Sagra.

El desarrollo jurídico y su enfoque científico de la pena nos ofrecen un escenario histórico de gran calado al expresar los rasgos y bases de actuación de las sociedades, de los individuos y de los Estados de la misma. En ese análisis científico, centrándose como objeto la pena, la estudia desde el plano normativo y sistémico, lo cual manifiesta repaso de la acción-estructura, una revisión plural de encuadres con situaciones y procesos. De hecho, las construcciones teóricas que se sistematizaron en teorías absolutas y teorías relativas sólo es una parte del abordaje, ya que al lado se han presentado otros estudios y análisis.

La pena, desde el análisis de la teoría del delito era un simple añadido. Pero, desde la perspectiva del derecho penal estaba ahí y formaba parte de su propia naturaleza, el ius puniendi. De ahí, que su desarrollo y evolución se desarrollara desde una visión más plural y transversal, dando cabida a las aportaciones no sólo jurídicas, sino de las ciencias sociales.

En ese contexto hay que señalar los encuadres de la pena desde distintos marcos epistemológicos, gnoseológicos y cognitivos. Así aparecen el enfoque funcional, el enfoque estructural, el enfoque simbólico, el enfoque dialéctico, el enfoque sistémico, el enfoque formal... o el enfoque conductista. En todos esos enfoques el delito es la ruptura, es la disfuncionalidad, la anormalidad, el disenso, la antítesis o la no respuesta a la norma que rige en la sociedad y que impera a los individuos. Pero, ¿cómo se reconduce la situación? ¿Cómo se resarce el conflicto? ¿Cómo se resuelve el problema?. Histórica y antropológicamente en todas las sociedades hubo castigo. La pena como castigo en la sociedad antigua. Pero, ¿qué pasa en la modernidad?. Ahí está el desarrollo jurídico, que dio una respuesta: la normatividad. Pero ella entendida desde soportes jurídico-políticos.

La pena ha sido analizada fundamentalmente desde dos frentes: los fines de la pena y la legitimidad del derecho penal<sup>96</sup>. Aquí es donde aparecen las teorías absolutas (absoluto, del latín absolutus: ab-solus, desvinculado) o de la <retribución>, y las teorías relativas o de la <prevención>, ésta teoría preventiva puede ser general negativa (Feuerbach) o positiva (Hegel-Jakobs).

La pena como consecuencia jurídica del delito. Hay, pues, unos soportes jurídico-políticos que incluyen, afectan e interaccionan al Estado, al individuo y a la sociedad. La penología nos va presentando todo un cuadro evolutivo de las penas y su graduación como respuesta.

---

<sup>96</sup> Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Tecnos. Madrid.2013.39

Desde los soportes jurídico-políticos hay que plantear la naturaleza de la pena y aquí aparece la equidad, la proporcionalidad, la graduación de la sanción por una conducta penada por la ley. Es aquí donde la <información>, la <comunicación> y el <conocimiento> tienen sus propias identidades, que sirven para establecer los límites de tales conductas penadas. No se trata de pedagogía, sino simple información, comunicación y conocimiento y, conectado con ello está la prevención.

La realidad de una pena para un delito marca límites y establece demarcaciones objetivas y subjetivas, abstractas y concretas y públicas y privadas. No se trata de ejemplaridad de la penas, sino normalidad democrática. En ese sentido, están las misiones funcionales de la pena: resarcimiento y resocialización, que, centrándose en el penado se busque su reencuentro con la vida social normal.

La sociedad del riesgo y al peligro tiene al delito en ese horizonte y, en consecuencia, hay miedo, y hay opinión pública, donde se expresan todos los ideales e intereses que se quieran y donde aparecen grupos de presión o interés, pero, la realidad del delito está ahí y produce daños, lesiona derechos y traslada inseguridad. De ahí la respuesta de la ley y el anuncio del ius puniendi (unas conductas penadas por la ley) y se establece una racionalidad legal.

La existencia de una pena marca, pues fronteras en las conductas de los individuos y aparecen las respuestas institucionalizadas instrumentalizadas por la sociedad y el Estado. Hay una dinámica de la legislación penal<sup>97</sup> con soporte metodológico, que afecta a la elaboración de la ley penal y a su aplicación técnica y científica.

La prevención reafirma el principio de legalidad –ninguna pena sin ley-, marca una diferencia entre lo normal y lo anormal, que es construido legalmente, y es frontera objetiva y subjetiva. Importancia cualitativa es esa dimensión subjetivo de la pena en la apreciación del delito.

La prevención, el antes, no sólo es encuadre temporal, es también definición de la normalidad jurídico-social para establecer la seguridad y la paz social. No es la intimidación al delincuente, sino que es el instrumento legal de actuación para esa paz social y la seguridad. Es una respuesta al miedo, a la incertidumbre y a la inseguridad de la arbitrariedad conductual frente a la firmeza, fijeza y determinación de la ley.

Otra cuestión son los factores de estímulo, de intimidación o de cuidado que establece el poder institucionalizado (Estado y sociedad) como marco teórico y como metodología aplicada y, en ese sentido la penología ha ido presentando distintos encuadres y enfoques. (Uno de los temas fuertes es si es exclusividad del Estado todo tipo de respuestas y si la pena tiene que cumplirse en instituciones del Estado o no). Piénsese en la pena de muerte y todas las posiciones ante la misma divididos en abolicionistas y antiabolicionistas, sobre la condena permanente revisable, etc. De hecho, hay una gran proliferación de estudios y análisis sobre la condena, el valor de la pena, etc. En ese contexto, ya en la nueva penología<sup>98</sup> se cuestionaba la pena privativa de libertad, centro del problema a considerar, las bases teóricas del tratamiento penitenciario contemporáneo: trabajo, personal funcionario, conocimiento del interno, control judicial de la ejecución y asistencia post-carcelaria; la crisis de la prisión, algunas de las causas:

---

<sup>97</sup> Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Madrid. 2003.13.

<sup>98</sup> García Valdés, Carlos. *Temas de derecho penal*. Univ. Complutense de Madrid.1992.109

la psicosis carcelaria, violencia interna y problema sexual; formas de respuesta como suicidios y motines de los reclusos...y los nuevos retos de la nueva penología.

## 7.2.-La función de protección

El Estado, la sociedad el mercado y el individuo se ven integrados normativa y axiológicamente en y por las leyes que los regulan. Nadie se siente ajeno a esa realidad, pero, es desde el Estado, donde la ley penal encuentra su propia dimensión.

La legislación penal es competencia exclusiva del Estado. El Estado es titular inmediato y directo (aunque podamos diferenciar en el ámbito Estatal los distintos poderes y, dentro del ejecutivo se pueden diferenciar la institución, la dirección, la administración y la gestión). Sólo desde ahí es cómo podemos analizar la función de protección de la sociedad y de los individuos.

La soberanía del Estado se manifiesta en la autonomía en la elaboración de las leyes, entre ellas la ley penal y el ius puniendi es el derecho a la imposición de la pena. En ese marco aparecen el cumplimiento y aseguramiento del propio sistema. El estado es el titular del ius puniendi.

El Estado es el productor del derecho penal, que integra las dimensiones objetivas y subjetivas, que se basan en la legitimación del ius puniendi, que persigue dos grandes fines: a) fines de protección; b) y fines de prevención.

El derecho penal refleja un sentido objetivo, ius poenale, como derecho positivo o conjunto de normas jurídicas públicas, y un sentido subjetivo, ius puniendi, que es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones jurídico-penales. Es decir, el derecho penal objetiva y subjetivamente nos regula permanentemente. El derecho penal, ius poenale, con su naturaleza y origen, define y determina un orden jurídico y social, que se completa con el ius puniendi, que implica una situación de poder, una potestad sancionadora o conminatoria.

La existencia de una ley y actuar sobre una ley es garantía, es seguridad y da fijeza al sistema. En ese sentido hay que señalar que de forma general es una garantía el orden establecido. Pero este mismo marco encuentra un reforzamiento en el plano del derecho penal.

El Estado tiene como misión la seguridad y la paz social y, desde ahí es donde podemos analizar las funciones del derecho penal, siendo objeto a destacar la función de protección de los bienes jurídicos. Aparte de la prevención, está la protección de los bienes, que gracias a la ley pasan a ser bienes jurídicos protegidos. En ese sentido se evalúan los medios y los fines. Desde esta postura doctrinal es como se analiza la paz social y la convivencia social.

El derecho penal se sitúa en el plano a priori, pero, también al plano a posteriori y hay en ello los siguientes elementos, que la ley prevé: la función, el fin, las consecuencias inmediatas y mediatas.

La existencia de la norma es seguridad y es protección, pero es, también, una construcción funcional-normativista, como señala Günter Jakobs, donde queda perfectamente descripta la visión del bien jurídico protegido.

Hay, en la ley penal, dos funciones a tener en cuenta: 1) por una parte la función de protección del bien jurídico `protegido; 2) pero, por otra parte, hay una función de control social.

A raíz de ahí, la doctrina ha elaborado todo un marco epistemológico de las funciones del derecho penal:

- Función de control social
- Función promocional
- Función simbólica

Este derecho penal nos sitúa ante la obediencia y la pena, el cumplimiento y el aseguramiento del mismo sistema

El derecho penal nos adelanta los elementos subjetivos, en la parte de la actores, donde hay diferentes figuras personales activas, hay víctimas o sujetos pasivos y hay reos o imputados o penados.

La ley penal tiene en si unas significaciones propias dentro del ordenamiento jurídico. La ley penal al marcar y definir delimita un continente y un contenido, que es imperativo coactivo, general y público. Queda marcado y definido el alcance y significado propio de la política criminal y el derecho penal.

Al situarnos ante la realidad de la ley penal nos planteamos el alcance y el significado de la misma: es una garantía, toda vez que define, describe y determina conducta “penadas por la ley”. Su realidad, su vigencia, es protección de bienes jurídicos y es garantía de esa protección.

El ordenamiento jurídico penal está materialmente conformado orgánica y funcionalmente de una forma propia. Ocupa un lugar específico dentro del ordenamiento jurídico y afecta directa e indirectamente al mismo. Pero, además, de afectar, influir y dirimir las acciones y las situaciones, tanto el marco como los hechos tienen unas referencias y unos referentes determinados: el área jurídico-penal

Los poderes de Estado, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial tienen parte activa y pasiva, la sociedad legitima e integra las normas y valores, y los individuos que adoptan sus conductas a normas y valores. Hay una definición y demarcación propia, la estatalización y/o institucionalización de la ley penal y de las consecuencias de la misma

Pero, al lado del Estado, de la sociedad y de las acciones de los individuos hay que destacar que desde el planteamiento científico la operatividad del derecho plantea el uso y la explicación de la ley penal, donde hay toda una construcción dogmática del conocimiento y uso de la misma, que se circunscribe a lo previsible, donde se excluye la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación. Esta dogmática nos ayuda a la interpretación y crítica coherente y para la ordenación y sistematización.

La ley penal tiene reconocida su identidad y, en ese sentido, se habla de la ley penal en el espacio, que tiene una eficacia temporal determinada, tanto en los requisitos de su elaboración, como en que se refiere a su vigencia, donde queda perfectamente definida la entrada en vigor de la ley penal, así como su derogación.

Hay que destacar el principio de irretroactividad, que es el principio básico y de general aplicación en el derecho penal, pero, y, al mismo tiempo, la retroactividad en beneficio del reo.

La ley penal tiene, pues su desarrollo en un lugar determinado, es decir nos introduce en la aplicación del principio de la territorialidad y su relación con el principio de personalidad, lo cual nos sitúa ante figuras-tipos a tener en cuenta como la extradición o el asilo<sup>99</sup>.

El derecho penal parte en el encuadre de su regulación con los elementos básicos de las infracciones y delitos, lo cual regula, igualmente las consecuencias jurídicas, es decir, las penas y las medidas de seguridad. El derecho penal es de acto, pero tiene como rasgo cualitativo que es normativo y tiene un carácter jurídico-público ( es de Estado), pero, además, es coactivo, fragmentario y subsidiario<sup>100</sup>.

Los fines esenciales del derecho penal quedan proyectados en las definiciones y se manifiestan y delatan su vigencia y su efectividad, como norma, que es la que define y reafirma el ordenamiento, cuando es proclamada como tal.

Delito y pena. El delito atendiendo a sus elementos (acción, típica, antijurídico culpable y punible) reflejan que no es un suceso natural sino la expresión de un acto con sentido, donde se desobedece la norma, se infringe el contenido. A esa infracción le corresponde la imputabilidad y, en consecuencia, una pena.. El fundamento de la pena se refiere a que se determina una pena para esa infracción.

La ley penal determina y califica al delito y las consecuencias jurídicas del mismo, la pena, que es una restricción o privación de un bien jurídico impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes. Las penas, a pesar de la corriente correccionalista, planteando la pena como un mal, hay toda una explicación de los fundamentos y de los fines de la pena, que podemos sintetizar en teorías absolutas como describe Maurach, y en teorías relativas, donde aparecen teóricos de prevención general como Rodríguez Devesa o Antón Onéca, y teorías de la unión, como señala Landrove Díaz<sup>101</sup>. La fijeza del delito y de la pena marcan un límite y, en consecuencia, hay una identificación, que nos sirve para establecer la función protectora del derecho penal. No se trata de una defensa social, sino de la fijeza enmarcada por el principio de legalidad.

Siguiendo la Constitución en el artículo 25,2 señala que las penas privativas de libertad “estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” y las penas están graduadas de graves y penas graves y leves. A ellas hay que unir las penas privativas de derechos, penas pecuniarias.

---

<sup>99</sup> Landrove Díaz, Gerardo. *Introducción al derecho penal*. Tecnos. Madrid. 1985.135

<sup>100</sup> Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Tecnos. Madrid. 2013.35

<sup>101</sup> Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos. Madrid. 2005. 20

Siguiendo la fijación/protección aparece la determinación de la pena, que se basan en la individualización de la pena y de la determinación de la pena, donde se aplican distintos criterios: según el grado de ejecución; según el grado de participación; según la concurrencia de circunstancias modificativas; según los supuestos de concurso; según la presencia del delito continuado; o según regímenes especiales.

Al lado del planteamiento jurisdiccional hay que considerar la presencia de medidas de seguridad. Pero, además las consecuencias accesorias, la extinción de la responsabilidad criminal, la responsabilidad civil y las costas procesales, así como, también el derecho penal de los menores.

### 7.3.-Legitimidad y orden jurídico y social

Si la legalidad es el punto de partida en el ordenamiento jurídico hay que analizar quien elabora las leyes y, en nuestro contexto, la respuesta es un marco social y democrático de derecho. El poder legislativo es el que elabora las leyes y los legisladores son los representantes del pueblo.

Es decir, democracia, representación y participación son los referentes, donde individuo, ciudadanía y sociedad se ven reflejados a través de las vías electorales establecidas. Esta simple generalización es para resaltar las dimensiones éticas y sociales, las dimensiones de intereses y de ideales de la sociedad, pero, también, la legitimación.

Se revisa esta situación porque hay que analizar la realización de esa vida social y democrática, donde las personas físicas conviven con las personas jurídicas y donde aparecen distintos marcos de confrontación:

- Legitimidad y legitimación
- Legislación y Jurisdicción

Dentro de la evolución del derecho penal hay que establecer la evolución que han tenido los Estado, su papel y posicionamiento internacional. Hay, pues, una evolución por influencias y maduración interna t por la evolución y el reconocimiento exterior y, en ese sentido, hubo un ajuste a los nuevas consideraciones legalmente establecidas por pactos o acuerdos.

Ello afecta al marco social, donde hubo toda una evolución en las aplicaciones de determinadas corrientes de pensamiento y que se centraron en el caso que nos ocupa el papel de consensos y acuerdos internacionales o que superan las dimensiones de cada Estado. El derecho penal, sin perder el ámbito de aplicación del Estado –principio e territorialidad-personalidad- asume e integra lo acordado y que se entiende universalizado.

Esa universalización pasa por el reconocimiento de los derechos humanos y la aplicación-extensión de los mismos. Hay, pues, un nuevo escenario de actuación, ya que se convierten en principios.



Desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) el principio de legalidad tiene su identidad e impronta, ya que enmarca entre otros principios el funcionamiento del Estado de derecho, que recibe generales reconocimientos en la Declaración de Derechos del Hombre de la ONU en 1948, que se completa con la Convención europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 1950 y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en Nueva York en 1966.

La legalidad y la legitimidad son las dos referencias que afectan directamente al ordenamiento jurídico penal. En ese sentido hay unas determinaciones preliminares del derecho penal<sup>102</sup>. De esta forma, hay influencia y reconocimiento y aplicación como de los principios.

La ley penal en nuestro contexto combina el principio de territorialidad y el principio de personalidad, siendo los principios a aplicar los siguientes

Principio de Territorialidad

Principio de personalidad

Principio real, Objetivo o de Protección

Principio de Justicia Universal, aunque éste fue modificada por una ley de 2014, que se hace un listado y se establece una restricción

Hay un marco declarativo universalizado de los derechos humanos, que vincula a los estados signatarios y a los individuos y sociedades, lo cual representa que la legalidad ha de ajustarse a unos requisitos que no son otros que los derechos humanos. Esto tan simple es objeto de análisis en las aplicaciones determinadas de cada derecho, ya que puede suceder que haya colisión de los mismos, que haya simple y general exposición y que en el ámbito dispositivo haya que establecer vías para su aplicación.

Los derechos humanos se convierten en principio, en fundamentación y en referencia de las legislaciones, que siguiendo el principio de legalidad nos sitúan en un ordenamiento jurídico acorde con tales principios, fundamentaciones y referencias, de ahí el problema de las homologaciones.

En el caso español, nuestra Constitución marca y diseña el papel que le corresponde al derecho penal y sobre la cual y, siguiendo el principio de legalidad, hablamos de la garantía criminal, de la garantía penal, de la garantía jurisdiccional y de la garantía de ejecución.

Nuestro sistema de fuentes señala que la ley es la única fuente del derecho penal, lo cual fija y protege de forma determinada el marco de su aplicación, evitando, de esta forma cualquier atisbo de arbitrariedad e, igualmente, nos lleva a la afirmación garantista de nuestra legislación penal, donde se completa con: la irretroactividad de las leyes penales (con la excepción de la más beneficiosa para el reo); la taxatividad; la prohibición de la analogía.

El derecho penal se basa en la ley y tiene su vigencia. Se elabora y se promulga. Hay, igualmente períodos de ajuste y adaptación a las nuevas legislaciones y, en ese sentido, aparece lo que se denomina “vacatio legis”-plazo de aprobación y de entrada en vigor-.

---

<sup>102</sup> Muñoz Clares, José. *Determinaciones preliminares del derecho penal*. Tecnos. Madrid.2013.19

Al plantear la ley penal en el tiempo hay que valorar, igualmente, el concurso aparente de las leyes penales, la especialidad, la subsidiaridad, la consumación y la alternatividad.

Se pretende achicar y reducir al máximo ciertas y posibles quiebras al principio de legalidad, como son la alteración del sistema de fuentes, el ensanchamiento de la aplicabilidad de los tipos, la retroactividad de cambios jurisdiccionales desfavorables para el reo (la doctrina Parot).

Así mismo, hay lo que algunos llaman el refuerzo del principio al establecer que la ley es la única fuente posible del derecho penal. En ese sentido, hay un proceso en la elaboración de la ley penal con determinados requisitos y que afectan a su propuesta, a su elaboración, a su debate, a su aprobación, a su sanción y a su promulgación. Así, se puede individualizar las fases del proceder legislativo, la fase prelegislativa, la fase legislativa y la fase postlegislativa<sup>103</sup>, donde hay, aparte de las fases estáticas y dinámicas del proceso de elaboración una racionalidad específica en atención a los fines y a los medios, ya que hay todo un marco de referencias éticas, axiológicas o de valores, que nos sitúan ante la coherencia del sistema, por lo que hay consideración a los contornos del problema, como es el caso de la “legislación en caliente” y la consiguiente actitud de “enfriar el problema” para poder abordarlo con neutralidad y objetividad y no verse afectado por estados de opinión o por presiones de grupos de interés, etc.. Pero, hay criterios ideales, hay criterios de expertos, hay criterios constitucionalistas y hay criterios democráticos. Es decir, el derecho penal como parte del ordenamiento trata temas que afectan a derechos humanos y, en ese sentido, hay un tratamiento específico y determinad.

En el desarrollo de la racionalidad de la construcción de las leyes penales hay que observar distintas fases, la fase de propuesta y los requisitos de la misma por parte del poder ejecutivo en su envío a las Cortes, la aceptación por el Congreso de Diputados y su pase posterior a la comisión correspondiente para su pase posterior al pleno y votación. Posterior paso al Senado y nuevo recorrido donde pueden modificarse, aprobación y vuelta al Congreso para su conclusión y, ya luego sanción y promulgación. Sin embargo, no acaba ahí el recorrido con todos los controles establecidos, sino a posteriori nos encontramos con el control de la constitucionalidad de las leyes penales, que abarca a la constitucionalidad del procedimiento legislativo y al control del contenido de las leyes penales.

El ordenamiento jurídico penal pretende asentarse en el reconocimiento de los derechos y, desde ahí extender la cobertura, basándose en el principio de protección, es decir, atender a la lesividad, a la esencialidad, a la fragmentariedad, al interés público y a la correspondencia. Desde ahí aparece la contrapartida y la convivencia con el principio de responsabilidad, lo cual implica certeza o seguridad jurídica del hecho y de su imputación.

---

<sup>103</sup> Díez Ripollés, Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Madrid. 2013.17

## 8.- CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Suele decirse que la Constitución es la ley de leyes, también que es la norma superior y fundacional del ordenamiento de un Estado, donde se declara y proclama los derechos, la estructura y la configuración político-jurídica del Estado. La constitución es el cuerpo legal básico, viene a ser un documento jurídico supremo que delimita la estructura institucionalmente el Estado y las funciones de sus entes y órganos. La constitución viene a ser el referente (ley) del Estado.

Hay en la constitución un referente (continente) y unas referencias (contenidos) y como tal es un instrumento de organización político-jurídico vinculante.

Es decir, es la norma suprema del Estado fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico, que contiene las decisiones políticas fundamentales de una comunidad nacional expresada a través de la actuación del poder constituyente.

En la actualidad la constitución se entiende como la conjunción de dos principios: 1) el principio jurídico de la supremacía constitucional; 2) y, por otra parte, el principio político democrático. El momento constituyente, la representación y participación democrática pone de manifiesto la vinculación-identidad con el pueblo.

Es decir, la Constitución viene a ser el producto o corpus específico de definición del poder y que define al mismo poder. Se trata, pues de un cuerpo legal, que es presentado como concepción racional normativa.

Hay distintas maneras de encarar la explicación de la Constitución, así, para los historiadores no es fruto de la razón ni obra del poder constituyente, sino un producto histórico; para la visión sociológica nos lleva a identificar la Constitución con los factores reales del poder; los enfoques de la política nos lleva al consenso básico o fundamental de la sociedad que sirve para el desarrollo político social. Sin embargo, es desde el orden jurídico desde donde se encara la Constitución, ser ley de leyes o fundamento de todo el sistema normativo de un Estado

La base de referencia de esta racionalidad de democracia y de Estado de derecho se puede apreciar al recordar el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que señala que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la división de poderes establecida, carece de Constitución”.

Sin embargo, hay una abundante epistemología sobre la constitución y en esa literatura hay una extensión de conceptos que abarcan al constitucionalismo y al régimen constitucional con la supremacía constitucional; al Estado constitucional como normación fundamental que implica forma de Estado, forma de gobierno y producción jurídica y al gobierno constitucional.

El término Constitución tiene distintas denominaciones y, así aparecen expresiones como “Carta”, “Carta constitucional”, “Estatuto”, “Ley fundamental”. La Constitución establece un límite a la legislación, tanto formales como materiales. La Constitución sistematiza el sistema de fuentes del derecho<sup>104</sup>. Es en la Constitución donde se recogen

---

<sup>104</sup> Guastini, Ricardo. *Estudio de Teoría constitucional. Doctrina Jurídica Constitucional*. México. 2001. 34

los principios de derecho y sirve las bases para la identificación, la interpretación, la concretización o determinación, la construcción y la ponderación de principios. Es obvio que según esta visión nos planteamos el tipo constitucional, si se trata de un modelo abierto, cerrado, flexible o rígido. Nuestro modelo nos habla de derechos humanos y derechos fundamentales. Hay, por ello una garantía que afecta al poder legislativo, al poder ejecutivo y al poder judicial.

Nuestra Constitución, pese a cierta ambigüedad conceptual, ha servido para entender el derecho como medio de regulación social, lo cual relaciona el derecho con principios y con valores. Para el derecho penal aparece la relación de derecho y sanción, de derecho y hecho, el peso de la norma básica<sup>105</sup>.

Hay, por otra parte, pese a que establece límites plantea la garantía de los derechos y establece la división de poderes, tiene una variedad de usos la constitución en el lenguaje jurídico y, así, podemos individualizar:

La Constitución como ordenamiento político

La Constitución como conjunto de normas jurídicas

La Constitución como documento normativo

La Constitución como texto normativo con caracteres “formales”

El constitucionalismo ha sido el movimiento que los Estados han realizado para establecer una racionalidad normativa-organizativa y, en consecuencia es el conjunto de ideas jurídico-políticas, que sirve de base al desarrollo legal y normativo. En nuestro contexto, dejando al margen el Estatuto de Bayona, el repaso de nuestras constituciones han sido:

Constitución de 1812

Constitución de 1837

Constitución de 1845

Constitución de 1869

Constitución de 1876

Constitución de 1931

Constitución de 1978

Al lado de estas Constituciones hubo otras fórmulas como han sido las Leyes Fundamentales del Reino. Pero, se habla de Constituciones al plantear el Estado de derecho y la forma democrática de derecho. Se señala que el Estado de derecho es aquel en el que el poder público está sometido en su actuación al imperio de la ley. Nuestra Constitución de 1978 se afirma y se define como un Estado social y democrático de derecho.

Suelen señalarse como caracteres de nuestra Constitución de que se trata de que es: consensuada (general, homogénea y única), extensa y polivalente e influida por el constitucionalismo europeo<sup>106</sup>, que contiene dos partes, una es dogmática y otra orgánica. Los principios sobre los que se centra la Constitución son: declarativos, de reconocimiento, de acción, de organización, de remisión y normas directas. Y, en cuanto a los valores se trata de la proclamación de ser un Estado social y democrático de derecho, un marco representativo, una monarquía parlamentaria, un Estado autonómico, un sistema bicameral, un sistema electoral y un control constitucional.

<sup>105</sup> Finch, John. *Introducción a la teoría del derecho*. Labor. Barcelona.1977. 66

<sup>106</sup> Torres del Moral, Antonio. *Principios de derecho constitucional*. Átomo. Madrid.1985.20

Pero consagra como uno de los valores y que son, a su vez principios la unidad y la legalidad:

- La unidad de la Constitución
- La unidad del ordenamiento jurídico
- La supremacía de la Constitución

Esta situación declarativa y expositiva de la Constitución implica: a) la vinculación, hay una estructuración donde aparecen los elementos –entes y órganos-; b) la jerarquía normativa, lo cual jerarquiza el sistema de fuentes; c) la irretroactividad; d) la representatividad de los poderes públicos; e) y la independencia judicial.

La democracia representativa, la electividad de cargos políticos y la representación y la división de poderes son otros de los rasgos que contiene esta Constitución, donde se normatiza la vida (así el artículo 9,1 o el 9,3 los principios jurídicos, los principios sociales en el 9,2), etc. Pero, además de ser un texto proyectivo delimita unos principios que afectan directamente a la seguridad jurídica:

- Legalidad
- Publicidad
- Irretroactividad
- No a la arbitrariedad
- Responsabilidad

La Constitución de 1978 ha tenido un proceso constituyente, que implicó una reforma desde el poder y una reforma por la voluntad del pueblo<sup>107</sup>, donde aparecen las bases sociopolíticas de la Constitución, donde podemos destacar el título preliminar y el sistema de partidos. Plantea el Estado social y democrático de derecho e integra los valores y propugna la Constitución como principio normativo, consagrando la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La libertad como ideal, las libertades públicas y la libertad económica, las libertades públicas como libertades espirituales (creencia, derecho a la información, a la expresión, difusión del pensamiento, libertad religiosa, derecho a la educación, libertad de enseñanza), libertades públicas con una proyección social (reunión, asociación), derechos políticos (petición, participación en la administración de la justicia, derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, los partidos políticos como instrumento fundamental para la participación política), derechos sociales (sindicación, libertad sindical, derechos de los sindicatos, deber y derecho al trabajo y su remuneración, derechos sociales como principios y la protección a la familia, y la garantía y recursos para la protección de los derechos (derecho, libertad y garantías, las modalidades de protección, los límites de los derechos, niveles de protección de la Constitución, las garantías del procedimiento, los recursos, el habeas corpus, el recurso de amparo, el defensor del pueblo, el control del Parlamento y la suspensión de los derechos y libertades).

La Constitución de 1978 nos sitúa al poder judicial desde la naturaleza política y como función política, donde se recogen principios como: a) el democrático, dando cabida a la acción popular y al jurado; b) el sometimiento a la Constitución y a la ley; c) la

---

<sup>107</sup> Sánchez Agesta, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Rev de Derecho Reunidas. Madrid. 1990.10

independencia, que se completa con la inmovilidad, la incompatibilidades, la inhibiciones y la prohibiciones; d) la responsabilidad; e) la unidad jurisdiccional.

Igualmente, los principios en el funcionamiento de la actividad jurisdiccional son la gratuidad y la oralidad. Asimismo hay una organización del poder judicial con jurisdicción propia y hay un gobierno de los jueces que viene en la LOPJ. Mención especial también lo tiene el ministerio fiscal.

Asimismo, la Constitución habla del Poder Judicial, donde se regula que una ley orgánica regulará su estructura y funcionamiento, pero que parte del juez natural como tutor de los derechos y de la legalidad, de la justicia como institución constitucional y como principio que consagra la división de poderes y como organización.

Se completa el papel de la Constitución con el derecho y la justicia con el Tribunal constitucional, que viene connotado por unos caracteres, una composición y unas competencias.

#### 8.1.-El control social

La intersección entre el derecho y la política por una parte, y en abordaje científico desde las ciencias normativas y las ciencias experimentales, nos sitúa en un marco nuevo, ya que al lado del individuo –persona física- se intercala el Estado –persona jurídica-. Pero, además, aparece la sociedad con sus valores, normas y mundo simbólico y las dialécticas existenciales donde los recursos, bienes, usos, consumos, etc., constituyen las actividades humanas, es decir, el mundo económica o mercado.

Territorio, población y modelo de organización son las otras referencias para compendiar la vida en sociedad. No es el individuo, no es el Estado, no es la sociedad, ni es el mercado, quienes actúan independientemente del resto. Hay una interacción, Tenemos una organización.

Aunque desde la perspectiva del derecho se ha desarrollado todo un corpus doctrinal hay que observar que en el plano constitucional se abre definitivamente la relación entre el ámbito jurídico con el ámbito político y, ello, nos lleva al encuadre descriptivo y analítico, el análisis sistémico<sup>108</sup>, que no es otro que el andamiaje en que se asienta el <sistema de conducta>, que es vital para entender y comprender el funcionamiento de las estructuras.

Desde las ciencias sociales el control social es la combinación de tres variables que componen los valores sociales:

- El acatamiento
- La coerción
- El compromiso

---

<sup>108</sup> Easton, David. *Esquema para el análisis político*. Amorrortu. Buenos Aires. 2006.17

Es evidente que hay tres órdenes superpuestos que nos sirven de base para identificar las relaciones de autoridad (autoritas), las relaciones de poder (potestas) y las relaciones de derecho (ius) y, en consecuencia, las referencias a las <legitimaciones>. Es más, desde la sociología T. Parsons (funcionalista como lo era Roxin) definió el control social como el proceso por el cual, mediante la imposición de sanciones, es contrarrestada la conducta descarriada y se mantiene la estabilidad social. Posteriormente se han situado posiciones que ven el delito como no asumible, como algo disfuncional, como descartable y, paralelamente, se han desarrollado posiciones especiales para identificar al infractor como pudo ser la teoría del etiquetamiento.

El control social, por otra parte, no es exclusivo del Estado, también la sociedad y los grupos sociales también poseen repertorios de control social y analizan la desviación social, porque lo que está en juego es la estabilidad del propio grupo social, así como las relaciones de comunidad y la identidad de participar y compartir de forma general idénticos valores.

El control social se identifica con el uso y ejercicio de los valores sociales que profesa el grupo social.

En la Ilustración se ha desarrollado el planteamiento del <pacto social>, iniciado por Hobbes y por John Locke, y que ha sido continuado en el <contrato social> de Rousseau, que era la teoría que trataba de explicar los orígenes y la fuerza vinculante de las obligaciones mutuas y de los derechos en la sociedad. Ya Hobbes, en el Leviathan, en 1651) planteaba que en <estado de naturaleza> presocial, las personas disfrutaban de total libertad personal, pero, esta misma libertad es una amenaza y están expuestas a la explotación. De ahí, para eliminar esa amenaza las personas buscan un pacto. Locke amplía esa idea y establece el conflicto de libertades, ya que una acaba donde empieza la del otro y que es controlado por un tercero, el Estado, que actúa para garantizar el orden.

Dentro de ese marco para Locke se elabora la propiedad y la explicación a lo que añade Rousseau la voluntad. En definitiva, queda integrada racionalmente una manera de ver y explicar la vida social

Posteriormente, en las ciencias sociales se ha ido dejando atrás la teoría del contrato social para irrumpir otros marcos teóricos, tales como las teorías del consenso, las teorías de la reciprocidad y las teorías del intercambio.

Conviene no perder de vista el planteamiento de las conductas penales y, en consecuencia, observar el cumplimiento de las leyes, la actitud ante las mismas y, sobre todo el orden de valores o modelo cultural, donde aparece el seguimiento y normalidad, pero, también las <subculturas> y las <contraculturas>.

Los sistemas políticos y normativos encuentran en el sistema de conductas el marco idóneo para su interpretación. En ese sentido, se analizan las dialécticas del orden y el control social del mismo por lo que se observa y se aplica: la acción/reacción, estímulo/respuesta, imposición/sumisión, mandato/obediencia, prohibición/sanción, premio/castigo.

La acción es la que realizan los actores sociales, que dotan de sentido y dirección lo que realizan, es decir, dotan de motivos, causas, fines e intenciones lo que hacen los individuos en oposición y paralelo. Frente a la acción el grupo social en primer lugar admite o rechaza la conducta o, para ser más explícito tolera, asume o rechaza tal comportamiento

El estímulo/respuesta viene delimitado como explicación conductual por el conductismo en psicología, donde el comportamiento psico-físico del individuo está en conexión con los estímulos que le influyen, afectan y manipulan en su percepción, emoción, sensación y compromiso. De ahí los hábitos y destrezas en que es socializado el individuo.

La imposición/sumisión. La imposición es forma de imponer y hay grados de la misma imposición. En ese sentido, podemos situar una escala suficientemente amplia que va desde el imperialismo del poder del Estado al dominio personal de una persona, donde se utiliza el imperativo como prerequisite funcional, es decir, se impone la imposición como necesidad básica de un grupo o colectividad que hay que satisfacer para que sobreviva como sistema en funcionamiento

El mandato/obediencia. El mandato es el tema, es el marco establecido por quien detenta el control del grupo social o de la comunidad. Todo grupo está estructurado al igual que cualquier sociedad, donde hay poderes que ejercen como tales. Que poseen legitimidad y la ejercen. Esos mandatos son seguidos y cumplidos por el resto del grupo social.

La prohibición/sanción. La obligación y la prohibición son la plasmación de un sistema normativo en un grupo social y, en consecuencia, la sanción es el resultado del rechazo que produce la acción en el grupo social. Las sanciones pueden ser positivas o negativas y recompensan las conductas que se ajustan a las normas sociales o negativas porque restringen la conducta descarriada o desviada. Es obvio que las sanciones son heterogéneas y van desde la recompensa, la alabanza hasta el insulto. El término sanción ha jugado un papel significativo en la explicación del orden social. Desde la perspectiva de las teorías del conflicto se resalta la naturaleza externa y coactiva de las acciones, ya que representan las acciones del poder y se su control social.

El premio/castigo. Desde la antropología y la sociología se habla del premio y el castigo como resultado de las acciones realizadas y forman parte del marco axiológico y cultural del grupo social.

Todo ello genera búsqueda de respuestas académicas y científicas a las demandas antes expuestas y, en ese marco conceptual teórico se desarrolla la perspectiva analítica y metodológica de Easton, que completa las visiones formalistas y axiológicas explicativas de las acciones humanas, que se recreaban en los intereses, en los ideales, en las motivaciones, etc. Hay, pues, un añadido complementario y significativo a las ciencias normativas y a las ciencias experimentales o sociales.

Pero, además, representa un paso más en el marco metodológico, toda vez que nos adentra en la objetivización de las unidades de análisis, que conlleva sus propias significaciones.



La conducta es más que un comportamiento, ya que implica todo un proceso interior y exterior del individuo, es subjetivo y objetivo, es privado y público. Es, igualmente, más que un proceso y más que un movimiento, ya que presenta significados

Esta visión de Easton plantea directamente un modelo y un modo de integración de niveles diferentes de análisis pero que inciden directamente en el análisis del delito-desviación y de la pena-sanción, que, aparte de modelos interpretativos de análisis, nos ayudan a abordar desde el desarrollo del Estado social y Estado del bienestar la realidad de tales fenómenos.

La vida política como sistema de conducta nos sirve para analizar la panorámica de las mismas, las actitudes antagónicas, las interesadas, las coexistenciales, las convivenciales, las comunitarias y las comunicativas. Pero, además nos permiten visualizar las conductas delictivas en sí mismas desde dos dimensiones complementarios: a) la visión empírico-natural; b) la visión constructiva-social.. Todo ello nos lleva a configurar un marco teórico donde queda descrito e identificado el sistema político y las respuestas que ofrece en la vida social, ya que hay grupos sociales y hay una unidad básica estructural.

El derecho penal y la criminología nos señalan las significaciones de los límites sistémicos, que afectan al Estado, el individuo, la sociedad y el mercado. Sólo así se perciben los cambios y la estabilidad.. de ahí la importancia del sistema político y la extensión y la intensidad de respuesta ante la desviación/delito y el carácter de la pena/sanción.

El derecho penal, dentro del ordenamiento tiene como fin la protección de bienes jurídicos. De ahí que se para que posee una función <instrumental>, que se configura como <función de prevención > en su doble dimensión, personal y colectiva:

- Prevención general
- Prevención especial

Estas dos funciones hay que combinarlas con los principios de::

- Subsidiaridad
- Intervención mínima
- Legalizada

Todo ello nos lleva a las afirmaciones del bien jurídico y sobre el mismo se ha desarrollado una nueva epistemología con teorías que reafirman sus significados y, por ello el bien jurídico es aquel que se decide proteger penalmente como ha señalado Birubaum y que ha caminado posteriormente en dos direcciones: 1) La <teoría del corte social o sociológica>, que afirma que debe protegerse penalmente aquellos bienes jurídicos para la sociedad. 2) Y la <teoría del corte jurídico constitucional>.

Paralelamente a esta teoría del bien jurídico, se ha desarrollado la teoría de las funciones de las penas, donde los marcos vienen delimitados por :

- Legalidad
- Finalidad

Las penas tienen unas funciones determinadas en nuestro contexto y, así se habla al menos de los sentidos y direcciones:

- Especial
- Prevención negativa
- General
- Positiva

## 8.2.-La función mandataria

El derecho penal se desarrolla dentro de un Estado concreto y cada Estado tiene plena jurisdicción sobre el ámbito penal. El derecho penal, parte del ordenamiento jurídico es el que posee el ius puniendi, el derecho sancionador. Está connotado, pues con el orden establecido.

¿Cómo se explica el <orden> en la actualidad?. Dada la naturaleza del derecho penal el orden forma parte del sistema normativo. Es empírico, sistémico y fáctico. Pero está referenciado por un conjunto de elementos naturales y sociales que sirven para legitimarlo y justificarlo.

Desde la perspectiva jurídica, un orden implica una jerarquización, un alineamiento, una conjunción, unos modos y unos modelos. Todos estos factores son objetivos y tiene efectos en los individuos y en la sociedad.

Tradicionalmente se habló de dos tipos de funciones del derecho penal:

Prevención

Protección

(También retribución o reparación para parte de la doctrina)

La pena se entiende que está destinada como elemento disuasorio y pretende o está destinada a prevenir delitos.

En la doctrina se diferencian dos cosas: 1) prevenir delitos; 2) y no castigar al sujeto, sino al infractor que ha de reparar el daño que cause.

Esta idea de prevención nos ha llevado a la <prevención general>, que puede ser entendida como; a) <prevención negativa>, que señala que el fin de la pena es la de servir de amenaza; criterio que es el mayoritario en la doctrina; b) y la <prevención positiva> (de Jakobs), que pretende restaurar la norma jurídica vulnerada.

Al lado se desarrolló la <prevención especial>, que se centra en el delincuente y, siguiendo el artículo 25 de la Constitución de 1978 la función es de resocializar o reeducar.

Sin embargo, desde las ciencias sociales el orden social se relaciona con la cohesión social o, lo que es lo mismo, los niveles de interacción, relación y comunicación en la sociedad. El orden social se refleja y se proyecta en la organización material de la sociedad y, sobre todo en la organización formal de la misma, ya que todas las organizaciones, el Estado es una de ellas, implican formas de organización y han

desarrollado procedimientos formales para regular las relaciones entre los miembros y las actividades de éstos (aparte están las organizaciones informales, que son cuando a las relaciones y acciones no les corresponden procedimientos ni papeles sociales formales).

Los grupos sociales y las comunidades tienen soportes formales e informales, internos y externos que refuerzan su cohesión social o las formas de conexión, unión, interacción y de relación.

El marco teórico se ha ido ampliando de forma paulatina y hay una conjunción del enfoque político y del enfoque jurídico y, desde ahí, se han configurado nuevas funciones del derecho penal. Dentro de ese ámbito hay que revisar la teoría de la <acción> con sus significados; las teorías del <conflicto>, que adopta diferentes formas; la teoría crítica y la racionalidad instrumental; la dramaturgia o las teorías de <actor> o <dramáticas> y las teorías <interaccionistas>; la teoría <evolucionista>; la teoría <fundamentada> o teoría formal y abstracta; teorías de <alcance intermedio> (de R. K. Merton); la teoría de la <organización>; la teoría de <sistemas>; las teorías <concéntricas>; las teorías <reflexivas>; las teorías de convergencia, las teorías de la ideología dominante, etc., aunque hay predominio específico de algunas en el ámbito político-jurídico.

El orden social, desde la perspectiva de las ciencias experimentales o sociales son explicadas fundamentalmente a través de tres marcos teóricos:

- 1) El enfoque <utilitarista>, que sugiere que va en interés general o de la comunidad el mantener el orden social, sobre todo en las sociedades modernas, que son complejas
- 2) El enfoque <cultural>, que resalta el papel de las normas, valores y mundo simbólico compartidos.
- 3) El enfoque <sistémico-orgánico>, que resalta el engranaje y la estructura y funciones, que componen el conjunto social, donde hay igualdad y diferencia.

El utilitarismo se encuadra en el nacimiento del liberalismo y tiene a autores como a J.S. Mill, Hume y, sobre todo, a J. Bentham, para quien el utilitarismo es la corriente, que colocaba la satisfacción de las necesidades individuales en el centro: el mayor bien se define por la mayor felicidad. Implica un orden, una estabilidad y una seguridad para el Estado, para la sociedad y para el individuo.

La cultura nos adentra en las normas, valores y mundo simbólico integrado. Aparte de las orientaciones alemana, inglesa o norteamericana, la cultura frente a civilización tiene sentido y dirección propias compartidas. La cultura implica pertenencia y referencia a un grupo social determinado donde y como encuentran significado compartido y, desde ahí, la legitimidad y la legitimación.

El concepto sistema es instrumental, ya que es y representa un conjunto de partes relacionadas entre sí. Es a su vez funcional y orgánico, por lo que, desde el derecho penal, éste se incardina dentro del ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva sistémica hay que completar la dimensión técnico-social-legal, donde aparece de forma integrada.

A través de estas visiones se explicaban los significados del poder, de la autoridad, de la coerción social, de los conflictos, de los consensos y del control social. Hay una orientación y justificación

En las tres orientaciones teóricas, pero, fundamentalmente en la última (enfoque sistémico-orgánico) aparece el orden y la imperatividad. Aquí se encuadra la coerción, que es indispensable para mantener ese orden social. En ese marco de coerción hay dos sentidos:

- a) Coerción activa
- b) Coerción situacional

De la unión de los enfoques sociales y jurídicos aparece la jurisdicción y la entidad y la coerción implica que las acciones de los individuos y de los grupos sociales están determinadas y que la conducta es exigida. Aquí es cómo aparece la definición de las prohibiciones y los mandatos.

Desde la perspectiva jurídica se plantea el tema de la legitimidad y, fundamentalmente, de la legitimación. En ese sentido social y, también, jurídico, la gente acepta el ejercicio de la coerción si cree que es administrada por los detentadores de los cargos apropiados o legitimados. Ello nos lleva a la situación y a la identidad, que refleja un orden social determinado.

El mandato implica:

- Legitimación
- Situación
- Orden
- Prescripción
- Actuación/acción
- Resultado: efectos y consecuencias

El mandato se relaciona con el orden, que es la disposición de las cosas de acuerdo con su naturaleza y su destino. La ordenación es la acción de colocar los elementos o miembros de una sociedad de una determinada manera, según la norma establecida. Implica el mandato una prescripción, haciendo obligatoria determinada disposición o cierta acción.

Al revisar el derecho penal y observar sus funciones hay que repasar la legitimación, las situaciones, el orden establecido, la prescripción, las acciones y actuaciones y, también, los resultados que se manifiesta en efectos y en consecuencias.

Las ciencias normativas se complementan necesariamente con las ciencias sociales y, en consecuencia, el marco teórico incorpora la acumulatividad de la ciencia y, en consecuencia, el enfoque de los mandatos, aparte del encuadre jurídico y de significado de la ley, hay que valorar las aportaciones de las ciencias sociales. Ello trae como consecuencia que el derecho penal evolucione y se planteen las respuestas con otras significaciones.

La Constitución y el derecho penal establecen una función mandataria expresa, directa, mediata e inmediata.

### 8.3.-La función de prohibición

El reino de la libertad es bucólicamente evocado pero la vida social implica conexión, unión, trato y relación. Hay, por tanto, <adaptación> del individuo al grupo, <integración> del grupo e <incorporación> del poder. La conjunción de la adaptación, de la integración y de la incorporación da lugar al desarrollo de la vida social. Suele decirse de forma sencilla que la libertad de uno acaba cuando tropieza con la libertad de otro. Sin duda, esa es la transcripción de lo que implica la vida social.

La delimitación de la tipicidad marca las reglas de juego y en consecuencia la vigencia y efectividad del ordenamiento jurídico, donde aparece en ese horizonte el castigo, se castiga al sujeto por la comisión de un delito.

Por otra parte, aunque podemos revisar al individuo y observar la dimensión subjetiva y objetiva, las decisiones/elecciones están contextualizadas y condicionadas siempre, como podemos observar en la conformidad<sup>109</sup>, en la anomía de Durkheim<sup>110</sup>, en la obediencia, en los impulsos, pese a lo racional e irracional de las conciencias<sup>111</sup>. La vida individual se interpreta por su dimensión social.

Esta vida social impone condiciones, que son situaciones donde se producen los conductos, que a su vez obedecen a procesos. El derecho penal establece, precisamente el marco y las disposiciones para la paz y armonía convivencial, por lo regula las conductas, unas que son obligatorias y otras que restringe y censura.

Detrás de las prohibiciones están prescripciones. Resulta curioso que en las recientes reflexiones sobre la ética vaya desapareciendo el término prohibir, donde después de los enfoques de Freud y la culpa, se escapa de esa casuística moral, al señalar la connivencia con el pecado y la sociedad laica no asume tales cuestiones. Por extensión, igualmente, en otras áreas del saber. Pero, lo cierto es que una ordenación marca límites, establece fronteras, señala demarcaciones.

En las ciencias sociales la prohibición se situó como un conflicto cultural, donde aparecían fronteras invisibles entre lo urbano y lo rural, los extranjeros y los naturales del país, entre obreros y patronos. Todo ello alteraba las coordenadas de lo permitido, tolerado y lo rechazado, que era propiamente lo prohibido.

En ese contexto social se situó el criterio de la “privación social” y se ha leído como el hecho excluyente y de exclusión, por el cual los niños de las clases obreras y de algunas minorías étnicas no alcancen tales o cuales niveles. Hay, en el uso del término prohibición una ideologización del término igualdad-exclusión. De ahí que sea presentado en negativo. Dentro de este mismo criterio social se conecta, igualmente con la privación. Este concepto de privación relativa formulado por Stouffer y desarrollado por Merton sugiere que las personas experimentan sentimientos de privación, sobre todo

---

<sup>109</sup> Merton, Robert K. *Estructura social*. FCE. México. 1987.78

<sup>110</sup> Durkheim, Emile. *El suicidio*. Akal. Madrid. 1977.108

<sup>111</sup> Sutherland, Stuart. *Irracionalidad: el enemigo interior*. Alianza. Madrid.1996.57

cuando comparan lo desfavorable de su situación con la de otros individuos y grupos sociales.

Desde la perspectiva del pensamiento, la prohibición ha tenido fuerte contestación en EEUU con la tentativa de abolir por medio de una ley, la venta o consumo de bebidas alcohólicas. Pero, por otra parte la prohibición tiene plena actividad y ejercicio en el mundo del derecho por ejemplo en el derecho civil, en el ámbito hipotecario, en el administrativo como en las señales de prohibición de las reglas de tráfico.

Es decir, aparece la mala prensa y el enfoque, que reduce el término a causas o a fines, por lo que era simplemente instrumental.

De hecho la prohibición no es más que la prescripción de lo no permitido y de lo no tolerado. El derecho penal, por su naturaleza delimita las conductas normales, que se ajustan a las leyes y sanciona las que no se ajustan.

Los encuadres epistemológicos sobre la prohibición se sitúan en la colisión que hay con los principios de libertad, igualdad, norma general y, de ahí, el análisis del delito y, por otra parte la pena.

Los encuadres del marco teórico han sido desarrollados en el plano de la teoría del derecho, ya que la operatividad del derecho penal se circunscribe a visiones <absolutas> y a visiones <relativas> y se completa con tendencias y escuelas que enfatizan las teorías <finalistas> y las teorías <causalistas>.

El tema de la prohibición no es abarcable específicamente, sino que se analiza en el marco de estudio específico, sea el delito, los tipos, las acciones y las penas, lo cual queda encuadrada la prohibición como algo que se encuentra en el plano funcional y en el plano operativo.

A los efectos de un análisis de la prohibición vamos a acudir a una revisión desde el pensamiento, que se ha desarrollado en las ciencias sociales y normativas (filologías, éticas y derecho) y, en ese ámbito plural y, también equívoco, nos encontramos con distintos marcos teóricos:

- Basados en el significado
- Basados en el marco prescriptivo
- Basados en el marco descriptivo
- Basados en la responsabilidad.

La ley penal es enunciativa y dispositiva y, en consecuencia, hay que revisar que es significativo y los contenidos contienen significados, de ahí, que presenta tres grandes notas: a) es referencial, en ese sentido, coincide con la aportación de Wittgenstein y su teoría de la representación, que se completa con el uso. Hay, pues, una referencia al actor, al escenario y a la actuación y coincide con la visión dramaturgica de la vida social que describe Goffman; b) es verificacionista en el sentido que describe acciones-hechos, por lo que la prueba refleja las dimensiones de la acción y nos traslada al planteamiento empírico descrito desde el positivismo lógico; c) es causal, es decir hay motivos, fines que delatan una causalidad y una racionalización de la misma

Conviene no perder de vista la socialización del individuo y, conectado con ella, ante la prohibición, hubo distintos marcos teóricos, como han sido desde el psicologismo, la teoría intuicionista descrita por Moore, donde hay un rechazo del naturalismo ético para adentrarse en la relación social, y la visión emotivista de Stevenson, que se posiciona frente al intuicionismo, para expresarse en el relativismo de la situación.

El marco teórico basado en el prescriptivismo rechaza el emotivismo y el intuicionismo para adentrarse en la formulación, como señala Hare, que recalcan las relaciones lógicas de la convivencia, la universalizabilidad y la idea de supervivencia. A ello hay que unir el peso determinante de la orientación.

El marco teórico basado en el descriptivismo se basa en plantear de forma conjunta el ser y el deber ser (pese a las contradicciones de ser sin estar y pensar sin tener). El planteamiento de Searle lo realiza a través del hecho institucional, donde se une la descripción y la prescripción

El marco teórico basado en la acción y responsabilidad es el que se ha desarrollado en el derecho penal, donde se revisan las condiciones negativas y positivas de la acción responsable.

Pero los límites están perfectamente claros y el derecho penal, dentro del ordenamiento jurídico tiene una naturaleza y una aplicabilidad determinada que está conectada con los fines y con las causas de las acciones y su relación con la ley, que es la que dirige y se aplica.

## 9.- INTERPRETACIÓN Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

El derecho penal por su naturaleza y finalidad aparece como el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como infracciones o delitos y dispone de sanciones y castigos o penas a quienes lo cometan. El derecho penal se compone de preceptos que regulan los presupuestos y consecuencias de una conducta conminada con una pena.

El derecho penal aparece como un medio de control, como un marco normativo regulador de las conductas.

Esa misión del derecho penal persigue unos fines: el cumplimiento de las leyes penales. Ello otorga al derecho penal unas funciones o misiones determinadas de <control>, <represivas> y <restitutorias>:

Función de protección de la sociedad

Función de prevención del delito

Función de retribución (de la pena) (reparación)

Función de represión

Las funciones del derecho penal encuentran plena justificación dentro del ordenamiento jurídico. No se trata del aislamiento de un sector determinado, aunque el derecho penal tenga su especificidad, naturaleza y espacio de aplicación. El derecho penal es una parte más del sistema.

Para poder abarcar las funciones del derecho penal es necesario comprenderlo dentro del ordenamiento jurídico, pese a su especialidad. En ese sentido, hay que retrotraerse a su modo de ubicarlo y de entenderlo. De ahí el repaso a la interpretación de la ley penal y su incidencia dentro del sistema

La interpretación es una operación lógico-jurídica que tiene por fin la determinación de una norma. En ese proceso hay distintos grados a apreciar, así, podemos hablar de la <hermenéutica jurídica>, la <interpretación singular> o <formal> y la <subsunción> o <interpretación material><sup>112</sup>.

La interpretación es la explicación de un texto, de un hecho o de un acto con relación a una ley. Es explicación, es comentario, es exégesis y es elucidación o aclaración. La interpretación es tarea del pensamiento consistente en descifrar el sentido y la dirección de lo oculto y de lo manifiesto, desplegando los niveles de significado implicados en el texto, en el hecho y en el acto.

La interpretación es observada desde posiciones convencionales, posiciones subjetivas y posiciones objetivas. Las reglas y dimensiones a tener en cuenta son los ámbitos subjetivos (intencionalidad), histórico, lógico, objetivo, libre, teleológico o valorativo. Se establece una relación entre la situación, los elementos y los tipos de relaciones personales o reales. Los marcos de esa interpretación pueden ser: práctico, técnico, filosófico o científico. Y las teorías se sitúan en la importancia o funcionalidad, la lógica, la estructura, etc.

---

<sup>112</sup> Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Tecnos. Madrid.2013. 137



Desde la perspectiva normativa hay que atender al logos, la razón y la racionalidad expresada y, en consecuencia las explicaciones causales, funcionales finalistas o intencionales. De ahí el peso de la palabra, los términos y los conceptos.

En ese contexto hay que valorar el tema o asunto, el texto y la textualidad, el mensaje, el discurso y la discursividad, el argumento y el argumentario, la narración y la narratividad, el relato y el guión. Lo cual incorpora análisis sobre la parte subjetiva, la parte objetiva y la parte de la actividad.

Desde la perspectiva del lugar que se realiza hay que diferenciar los distintos tipos de interpretación:

- <Auténtica> o la que hace el propio legislador o creador
- <Doctrinal> o la que hacen los actores en función de los conocimientos
- <Judicial> o la realizada por los órganos jurisdiccionales

La interpretación es una función atribuida de modo exclusivo a Jueces y Tribunales, dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una norma jurídica o de una declaración de voluntad. Siguiendo el Código civil hay cuatro modalidades de interpretación son la literal, la histórica, la lógica y la sistemática.

En el derecho romano existía el siguiente aforismo: “favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda”. Hay que señalar que hay dos grandes modalidades de interpretación, la lata o extensa y la reducida o restringida o restrictiva. Hay que destacar que en el derecho penal se desecha la interpretación extensiva y la analógica

La interpretación de las leyes es el esclarecimiento del alcance y sentido de los preceptos legales para asegurar hasta donde es posible su exacta aplicación a los hechos a que se refieren

Desde la perspectiva del derecho penal hay que señalar que la ley penal se presenta con un carácter abstracta y que necesita para su aplicación, que se concrete en el caso. Esta interpretación se circunscribe a la indagación del verdadero sentido y alcance de la norma jurídica y su relación con el caso. La interpretación pone de relieve la relación de la norma y el hecho, el carácter abstracto con el carácter concreto y es indispensable para el funcionamiento del orden jurídico<sup>113</sup>. La interpretación es una operación intelectual que busca y descubre.

La interpretación como concepto en el mundo del derecho presenta una naturaleza, tiene un objeto y hay diversos medios de interpretación: <gramatical>: la proposición normativa; <sistemático>: situación y sistema; <histórico>: el derecho es un producto cultural; y <teleológico>: se atiende al fin de la norma. Esta interpretación tiene una lógica y tiene unos resultados.

La interpretación nos adentra en la letra de la ley, el marco enunciativo y dispositivo, el tema y mensaje; esta ley se incardina dentro de un sistema y ordenamiento jurídico, lo cual ofrece seguridad. Esa idea de unidad y generalidad nos traslada a la génesis de la ley y, también, el fin que persigue la norma.

---

<sup>113</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Civitas. Madrid.1977.103

La ley penal es taxativa y su interpretación no admite inclusiones ni, tampoco, la analogía. Expresamente la excluye.

La interpretación de la ley penal requiere la determinación de cual es la ley aplicable, la fijación del texto legal aplicable y el tratamiento que debe darse al caso.

Podemos encontrar en esa determinación concurso aparente de normas penales, que para entenderlo así se requiere que: 1) Haya una situación de conflicto; 2) Haya vigencia en el tiempo y en el espacio de las normas concurrentes; 3) que las normas concurrentes se repelen

El derecho penal requiere la determinación de la ley penal. Ello es porque hay caso en que un comportamiento puede incurrir en varias disposiciones legales y, en consecuencia, nos encontramos ante el concurso, sea ideal o concurso real de delitos. Pero, en todo caso hay que proceder a la determinación, por lo que se atenderá a las siguientes relaciones:

- Relación de especialidad
- Relación de subsidiaridad
- Relación de consunción
- Relación de alternatividad

En el ámbito de la interpretación judicial es la que realizan los Jueces y los Tribunales cuando aplican a la realidad la norma. Al Tribunal supremo corresponde la orientación de esta función judicial interpretativa; los criterios que ofrece al resolver los recursos de casación que se someten a su consideración, sirven para uniformar en todo el Estado la interpretación judicial<sup>114</sup>.

Hay que destacar el peso específico de la función de la interpretación judicial, ya que se convierte en fuente secundaria del derecho y reafirma el principio de unidad y de universalidad del derecho

Otras problemáticas específicas en la determinación de la ley penal, aparte de la analogía, está la interpretación de la ley y el principio <in dubio pro reo> y la apreciación alternativa de los hechos y, también, está en las erratas de la ley<sup>115</sup>. El principio in dubio pro reo –en caso de duda a favor del reo- no es –se afirma- un criterio relativo a la interpretación de la ley, sino una regla referente a la prueba y apreciación de los hechos. Esta, pues, en el derecho procesal.

## 9.1.-Función generalizadora

Desde la modernidad el derecho penal abre definitivamente su campo integrando la historia, la jurisprudencia, pero abre definitiva y completamente a nivel comparado el marco nuclear de su objeto de estudio: el delito e incorpora, igualmente la pena. A nivel lingüístico y que sigue teniendo un peso específico es la idea de <crimen>. En un

---

<sup>114</sup> Saíñz Cantero, José A. *Lecciones de derecho penal*. Bosch. Barcelona. 1982. 121

<sup>115</sup> Rodríguez Devesa, José M<sup>a</sup>. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid.1973.115

primer momento compiten y aparecen como sinónimos delito-crimen-desviación ( o conducta desviada).

La <función generalizadora> se basa en la igualdad ante la ley y la persecución del delito. En ese sentido, el principio de legalidad es elemento básico y, el hecho de la existencia de ley dictada con anterioridad a la comisión de un delito es elemento indispensable para la legitimidad del derecho penal. La ley es garantía y, por ello se afirma que cumple con la <función garantizadora>. Es lícito todo comportamiento humano que no esté legalmente prohibido.

En la construcción del derecho aparece la dimensión objetivo y una dimensión subjetiva. Desde la dimensión objetiva , el derecho es el orden de la convivencia humana bajo la exigencia de la justicia; el derecho es un sector de ese orden; es una consecuencia jurídica de esas leyes; hay unos hechos. Desde la dimensión subjetiva aparece la subsidiaridad del orden jurídico penal, el derecho a castigar (ius puniendi), la justificación de la pena<sup>116</sup>.

Las construcciones de pensamiento van dejando paso al planteamiento científico y las dos primeras, delito y crimen aparecen como subáreas del derecho frente a la conducta desviada que se adscribe a la sociología y las <fundamentaciones>, las <doctrinas> y las <teorías> van configurando los elementos de análisis.

La adscripción a la corriente alemana ha sido lo común en Europa, por lo que hay unas semejanzas, similitudes y homologaciones en los enfoques y en los análisis, tanto desde la visión humanística-historicista, que se reorganizan en torno al kantismo, como los que siguen el positivismo, ya que ambas pretenden una construcción empírica, verificable, referencial, fáctica y racional.

Al lado se siguen con visiones del pasado, ancladas en epistemologías históricas del escolasticismo (presentado como dialéctico), el derecho romano (con su lengua) y la escuela de Salamanca, que reforzaba todo lo anterior, en concreto Victoria, Suárez, Domingo de Soto, de ahí la visión de la oratoria, de la exposición con una “disputatio”, cuando los tiempos ya había dejado atrás la esclavitud, la delación y la confesión a través de la tortura.

Los nuevos tiempos requerían nuevas respuestas y las corrientes de pensamiento se han centrado en el positivismo y en el historicismo, en el positivismo lógico y el formalismo, en el funcionalismo y el estructuralismo, en el marco dialéctico histórico y en la hermenéutica. Con todo ese conjunto de posicionamientos se arranca el encuadre y el enfoque del nuevo planteamiento, al que hay que añadir los encuadres del kantismo, de la fenomenología, el evolucionismo y las corrientes de la psicología con sus aportaciones holistas y particularistas.

El desarrollo del enfoque científico va dejando atrás otras visiones que representan más corrientes filosóficas que no son propiamente científicas, pero que van configurando formas de pensar, donde seguimos con la idea de crimen. Vasta a tal efecto recordar a Fiodor M. Dostoievski y su obra “Crimen y castigo” con los perfiles psicológicos para darse de cuenta de cómo era el horizonte perceptivo europeo.

---

<sup>116</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Tecnos. Madrid.1999. 35

El desarrollo científico requería un objeto delimitado, un sujeto analizador concreto, unas fuentes, un método y unas aplicaciones con unos resultados concretos y se han ido consolidando posturas y posiciones en los países de nuestro entorno, donde el derecho penal tenía, dentro del ordenamiento jurídico un planteamiento específico<sup>117</sup>.

En toda la franja que viene arrastrándose desde finales del XIX hasta pasada la década de los 40 hay una falta de clarificación terminológica y conceptual, donde se sigue utilizando la palabra crimen y se sitúa éste en determinadas capas y se sitúa conformando lo absoluto del acto criminal con las medidas concretas a aplicar, todo era sumarisimo, todo conllevaba a que el orden político social no se resintiese, ya que el orden político y el orden jurídico corrían la misma suerte. De ahí que se entendiese como emanado del lo público para lo privado.

El auge aparece en la década de los sesenta y, desde ahí se empieza a construir una nueva epistemología (manuales, tratados, compendios y monografías) que se siguen componiendo un tratamiento metodológico centrado en la concepción alemana del delito y en el tratamiento de la pena a lo largo de los años 70, 80 hasta que en el 90 se empieza a fragmentar con la irrupción de nuevos ingredientes de la ciencia, de la organización del saber, donde irrumpe nuevamente la penología y la criminología y que rompen el criterio de unidad, para entrar en posiciones transversales, bien desde la política, bien desde el derecho o bien desde las ciencias sociales. Hay, en definitiva, una patrimonialización del conocimiento, que desemboca, posteriormente en la institucionalización y reconocimiento de los nuevos objetos de estudio.

La transversalidad, los itinerarios de las aplicaciones del saber y las conformaciones del orden, poder, acción y resultados se convierten en ámbitos nucleares del conocimiento y dan como resultado que sean abordados desde otras ramas del saber. Es más, al pretender ciertas corrientes no incluir la pena aparecen nuevos administradores que recogen tal planteamiento y lo sitúan en el derecho administrativo, que ve ensanchado su campo de forma plural.

Ya no es el debate de la corriente causalista frente a la finalista, ya no es la cuestión de subáreas dentro del derecho penal general y especial, como ha sido el derecho penal económico...

Todo esto conllevó debates y planteamientos internos en el marco académico, que han tenido su continuidad en el marco externo y, en consecuencia, aparecen nuevos enfoques que hablan de “crisis del derecho penal” y del “nuevo derecho penal”, por una parte, pero, por otra, se independizan áreas del saber, que se convierten en autónomas.

Sin embargo, todas estas alternancias y alternativas han quedado en el plano académico y lo único ha sido la ruptura y el desenganche del anclaje establecido en la corriente alemana y seguida en los ámbitos del derecho comparado de nuestro marco civilizatorio. Como muestra de lo que estamos diciendo basta observar el planteamiento de Robert Vouin en “Doit penal spécial”<sup>118</sup>, donde aparece la división del derecho penal en dos partes; la general y la especial. Aparece, igualmente la identificación del crimen con el delito y como consecuencia del delito, la pena. Es obvio que en la presentación

---

<sup>117</sup> Saínz Moreno, Javier. *Esquema de las ciencias del derecho positivo*. Tats. Madrid. 1977. 325

<sup>118</sup> Vouin, Robert. *Droit penal spécial*. Dalloz. París. 1970. 1

de cada uno de los temas se recoja el planteamiento histórico, la descripción del hecho y la norma, la practica y la aplicación.

Siempre se plantea a nivel comparado el “abuso del derecho” en el plano civil<sup>119</sup>, pero, desde la puesta en marcha de la Constitución de 1978 el derecho administrativo ha ido planeando una regulación completa y, desde la perspectiva del derecho penal aparecen no ya <entes> y <órganos>, sino que en lenguaje marxista de diría <aparatos> sean represivos, sean preventivos del Estado que afectan a áreas de la conducta desviada y del delito, que escapan al control del derecho penal.

En este nuevo tiempo, el derecho penal no pierde su identidad dentro del ordenamiento jurídico y, en ese nuevo espacio, su visibilización e identidad se centra en la naturaleza jurídica, donde, el derecho penal tiene una función propia e incuestionable: “la función generalizadora”.

La ley penal, expresión del principio de legalidad, es de aplicación única y general. Nullum crimen, nulla poena, sine lege. Desde la perspectiva histórica podemos repasar las aportaciones del positivismo moral, de la escuela técnico-jurídica, la escuela naturalista o la escuela normativa. Pero, sea la corriente que sea aparece la metodología de la dogmática jurídico-penal: la subsunción.

La generalización es una operación mental por la que se alcanza una noción o un concepto general. A una abarcabilidad y una extensión completa a los elementos o miembros de un conjunto que se sitúan en el territorio.

Lo general no tiene que ver en este caso con lo genérico, ni tampoco con lo específico, sino que se refiere a la abarcabilidad y a la extensión, Y, en ese sentido, la norma penal es general

Hay, por otra parte, quien entiende la generalización como una introducción, como una conclusión. Pero ello nos introduce en ciertas confusiones, ya que la ley, dentro del ordenamiento jurídico, señala todo un marco normativo. Implica la abstracción de ciertas características, valores y símbolos, ya que el derecho penal protege a bienes jurídicos determinados.

Igualmente hay que eliminar o delimitar el término general cuando se identifica con lo universal. Cierta doctrina diferencia entre <universal abstracto> y <universal distributivo>, pero esta postura puede ser equívoca, por lo que, desde el derecho penal, se refiere a los individuos que viven en el territorio español, aunque hay casos en que la justicia internacional nos puede permitir otras interpretaciones. Sin embargo, la apreciación hay que reconducirla al término del principio de territorialidad, por lo que la abarcabilidad es al territorio español.

Cuando hablamos de lo general hay un entendimiento específico y, así, lo general es lo que se aplica a todos, a la totalidad. Hay un nivel de global. Afecta a todos los individuos de un territorio. Lo general se distingue del colectivo porque éste se aplica al grupo, pero no a sus miembros. La totalidad en derecho penal abarca a la totalidad y a cada uno de los miembros de ese territorio.

---

<sup>119</sup> Giorgianni, Virgilio. *L'abuso del diritto*. Milano Dott A. Giuffrè. Milano.1963. 5

## 9.2.-Función de fundamentación y la mediación

Teniendo en cuenta la interpretación del derecho hay una ley, hay unos hechos y hay una subsunción de los hechos a las normas. Habiendo distintas posiciones sobre el alcance del derecho, sea el concepto abstracto-general, sea el concepto concreto general, sea la naturaleza de las cosas (el papel atribuido a las cosas hecha por el finalismo) o la relevancia de la dogmática jurídica, lo que queda fijado es la ley y el procedimiento y, en consecuencia, esa subsunción produce efectos y consecuencias.

Hay, pues, una función de fundamentación y de mediación en la aplicación del Estado social del derecho.

Dentro de la concepción orgánico-sistémica aparece el andamiaje o estructura normativa de organización, estructura y función van a conformar el sistema normativo, axiológico y jurídico.

Con relación a la terminología, fundamentación y mediación, que no son de uso habitual en la cotidianidad del tratamiento académico, son, sin embargo, suficientemente gráficas y descriptivas, ya que se sitúan como marco y como límite de un Estado en la opinión pública

Señala García-Pablos de Molina que el derecho penal, como disciplina <normativa> contempla el hecho delictivo a través del cliché del <precepto legal ><sup>120</sup>(García-Pablos de Molina, 1996, 9). Es decir, el derecho penal está delimitado, está descrito, está fijado. Es un tema que regula el Estado.

Queda, de esta forma, perfilada la señalización formal y material de la materia penal. Cada Estado tiene la suya y, en España, hay un planteamiento constitucional, un planteamiento de ley orgánica, hay un planteamiento institucional-jurisdiccional y hay un planteamiento metodológico-procesal propio. Es decir, no sólo abarca a las definiciones del delito, sino que, además, hay toda una conjunción y andamiaje estructural de definición, de ejercicio y de aplicación en materia penal.

Hay que llamar la atención, que el término fundamentación aparece en la obra de Kant “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, obra producida en 1785 (Grundlegung zur metaphysik der Sitten). Esta obra esta dividida en tres secciones. Del conocimiento moral ordinario al conocimiento moral ordinario al conocimiento filosófico, de la filosofía elemental a la metafísica de las costumbres y de la metafísica de las costumbres a la crítica de la razón pura. Kant demuestra que sólo absolutamente buena la voluntad regida por el imperativo categórico. En este sentido, Kant marca una fundamentación donde se conjuga el imperativo categórico en su doble dimensión, la subjetiva y la objetiva. La obra aunque apela a la crítica de la razón pura, per se adentra, igualmente, en la critica de la razón práctica.

Hay, pues, una referencia específica a la fundamentación situándola en el conocimiento que tiene una referencia propia: el imperativo. Es decir, aparece las dimensiones

---

<sup>120</sup> García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. 9

subjetivas de comprensión, pero, al igual la dimensión objetiva estructural del Estado. Individuo y Estado aparecen, de esta forma comprendido.

La referencia del fundamento nos lleva a la consideración social que posee en nuestro ámbito. Desde el planteamiento etimológico procede del latín <fundamentum> y significa fundamento, cimiento, base y soporte. Cuando se aplica a la ley penal la comprendemos como fundamento, es decir, da forma a la vida social al definir el delito; es cimiento en cuanto que sin ley penal no hay delito ni hay pena; es base, ya que no hay nada antes ni después de la ley penal; es, igualmente, soporte en el sentido de que se trata de una referencia inevitable en la vida social.

La fundamentación y la mediación sirven para expresar la identidad normativa, pero, a ello hay que unir que esa fijeza nos traslada a dos realidades que confirman el uso de la fundamentación y de la mediación: se trata de la paz social y de la seguridad.

Confirman de esa forma un orden social, un marco normativo acabado, una jerarquización de valores, que quedan consolidados.

Aparte de la concepción etimológica, que es cómo se entiende la ley penal, hay, además, otra realidad, que es entender la fundamentación como principio, lo cual supone de hecho y de derecho, un conjunto, un orden de fenómenos.

Pero hay un paso más significativo en la concepción del fundamento, que en derecho penal es la ley penal, se trata de que el fundamento es lo que da legitimidad, otorga legitimación, tanto activa como pasiva

Esta concepción de fundamentación nos adentra en la variable de la relación y, conectada con ella, aparte de la norma, de la acción, de los procesos y del resultado, hay que valorar la ubicuidad, la proximidad, la dependencia y la oposición. El derecho penal al situarse desde la proclamación y fijeza establece las líneas dentro de las cuales es posible la actuación, ya que la infracción conlleva sanción. Pero todo, ley y sanción están establecidas a priori.

Lalande señala que, por fundamento cabe entender aquello que justifica una afirmación, lo que determina el asentimiento legítimo del intelecto en una proposición (...). Pero, por otra parte, también se entiende por fundamento las proposiciones primeras, los principios de un sistema deductivo<sup>121</sup>.

El derecho penal cumple una misión o <función fundamentadora> porque fundamenta la responsabilidad penal en sentido amplio, porque tanto la imposición de una pena como la aplicación d una medida requieren que el sujeto activo haya realizado una acción adecuada al tipo penal. La ley penal describe los hechos punibles. Es decir, los tipos penales están determinados.

La mediación es otra de las actividades que realiza la ley penal. La ley media y la ley mediatiza. Es decir, el principio de legalidad nos ofrece la seguridad de la existencia de unas leyes, que son fijas, que son determinadas, que son públicas, que tienen vigencia y aplicación.

---

<sup>121</sup> Lalande. *La raison et les normes*. Hachette. París. 1986. 132

La mediación nos adentra en la aplicación de la relación del individuo, persona física con las instituciones, persona jurídica. Nos adentra la mediación en la acción, en los hechos que se someten a las leyes, en la jurisdicción de las mismas. Es decir, hay niveles de influencia, de afectación y de manipulación, que implican a la totalidad de los individuos y, por supuesto a las relaciones inmediatas.

Estamos resaltando la fundamentación y la mediación como las bases de funcionamiento del derecho penal en el Estado. Fundar es precisamente sentar o sedimentar en una base. Metafóricamente nos adentra en lo constituido, en lo hecho, en que hay. La ley define.

La ley funda las relaciones en la sociedad e involucra a los individuos, a la sociedad y al estado. Establece o constituye la ley a la sociedad en el sentido objetivo. Establece, pues, una regulación sustantiva.

Esta regulación sustantiva es el elemento básico en el mundo jurídico y, en consecuencia, deviene efectos y consecuencias.

La fundamentación y la mediación son, pues, las funciones que el derecho penal tiene asignados en el Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, conviene apreciar, aparte de lo que venimos describiendo, hay que hablar de algo que siendo complementario, es igualmente significativo, se trata de la situación procesal-medial de los “fundamentos de derecho”, que es la parte de las sentencias y autos judiciales que, en párrafos separados y numerados expresan los razonamientos jurídicos de la correspondiente resolución (art. 248 de LOPJ).

Es decir, dentro de ese ámbito procesal hay que señalar la motivación en las resoluciones judiciales, que es una exigencia constitucional y que se integra en el contenido del derecho de defensa, según nos señala el artículo 24,1 de la Constitución Española, que es reconocimiento y garantía.

### 9.3.-Función sistematizadora

El término sistematización procede de sistema, que es una palabra que procede etimológicamente del griego, systema, y que significa reunión, conjunto, corporación. En un sentido general un sistema es un conjunto organizado cuyos elementos están unidos entre sí, el sistema penal dentro del sistema jurídico. Desde la perspectiva del derecho penal podemos decir que es el conjunto normativo de delitos y penas, que forman un todo orgánico.

El término sistema ha sido empleado en la ciencia y en el arte y, así, la Enciclopedia francesa ya señalaba que el sistema no es sino la disposición de las diferentes partes de un arte o ciencia. Por otra parte, en la actualidad existe toda una corriente de pensamiento sistémico. Pero su instrumentalización ha sido puesta de relieve por Hegel y por Kant.



Para Kant en su “Crítica de la razón pura” se afirma que, “por sistema entiendo la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea. Esta es el concepto racional de la forma de un todo, en cuanto que mediante tal concepto se determina a priori tanto la amplitud de lo diverso como el lugar respectivo de las partes en el todo”<sup>122</sup>.

Para Hegel, desde lo absoluto, afirma que la ciencia de éste (lo absoluto) es esencialmente sistema, porque lo verdadero solo es desarrollándose dentro de sí como concreto y tomándose y reteniéndose (todo) junto en unidad, es decir, sólo es como totalidad<sup>123</sup>.

En el derecho penal hay una descripción del tipo. Esta simple descripción sirve de base, de soporte y es en sí misión o <función motivadora> del derecho penal. De esa manera, la sistematización implica una ordenación, que afecta a todos los actores de la vida social.

La doctrina y la jurisprudencia han ordenado y sistematizado para una comprensión y explicación los contenidos del derecho penal y, en ese sentido, aparece, también una función no menos importante, la <función sistematizadora>, cuya aplicación ha sido la unión entre la parte general y la parte especial del derecho penal.

La sistematización nos adentra en la valoración de los elementos que integran el derecho penal, las leyes como fines y soportes; las acciones de los individuos; los procesos jurídicos; y los efectos y consecuencias de la vida jurídico-social.

La interpretación, que puede ser restrictiva o extensiva, abre su aplicación a los fines de la ley, al fin subjetivo del legislador y el fin objetivo de la ley, así como el criterio de la justicia y su incorporación en el sistema.

La ley y el orden reflejan un conjunto en el que operan distintos elementos con naturalezas, soportes, hechos y fines diferenciados. La ley es una convención con unos efectos jurídicos determinados<sup>124</sup>. Es en esta obra donde se estudia el papel de los partícipes y actores en el Estado, que a nivel administrativo denominamos como <entes> con capacidad de obrar –jurisdicción-, donde opera la descentralización, y <órganos> con facultad para actuar –atribución-, donde opera la desconcentración. Hay todo un despliegue organizativo y técnico, que refleja fijeza, seguridad y orden.

Aparte de la ley, de la libertad y acción del individuo y su ilícito penal, hay todo un marco procesal que delimita las acciones y respuestas. Aquí hay que señalar la irrupción de <actos> dentro de las respuestas

Desde el Estado y su efectividad en la sociedad estamos ante lo establecido, lo constituido y, en consecuencia, hay una ordenación y organización con la dinámica entre la regulación y la libertad individual donde aparecen problemas de ajuste, cuestiones de infracciones.

Al plantear el derecho penal se habla de bien común, de razón de Estado y de culto al sistema o a las instituciones. Hay, pues, la puesta en movimiento los actores en juego:

---

<sup>122</sup> Kant, I *Crítica de la razón pura*. Alfaguara. Madrid.1989. 647

<sup>123</sup> Hegel. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Introducción*. Alianza. Madrid. 1997.117

<sup>124</sup> Raphael, L. *Ley y orden*. Siglo XXI. Madrid. 2008. 22

Estado, Ley penal, libertad individual, hecho ilícito y consecuencias jurídicas por lo realizado. Este funcionamiento pone de relieve la función sistematizadora en el derecho penal.

La sistematización nos adentra en el funcionamiento del sistema con todos los elementos, que tienen su identidad con sus roles y status, con todos los fines y con todos los medios. La sistematización implica el funcionamiento –sea para unos natural y para otros simplemente legal- de las relaciones establecida entre los elementos. La ley es el objeto de conocimiento del derecho penal, pero la <subsunción> de hecho a norma pone de manifiesto

La sistematización es simple exposición de lo que es el sistema, que es un conjunto de objetos y de relaciones entre esos objetos y sus propiedades. En el derecho penal el objeto es la ley penal que define los bienes jurídicos protegidos. Define las conductas aceptadas y las conductas rechazadas.

Esta sistematización incorpora entidades (abstractas y concretas), grupos sociales – comunidad- y personas. Esta sistematización tiene un entorno, que es el conjunto de objetos cuyos cambios de propiedades afectan a un sistema y que son afectados a su vez por la actividad del sistema. Sistema y entorno son correlativos. Un sistema abstracto puede ser construido como <modelo> de sistemas concretos, que es el caso del derecho penal.

La relación de un sistema con su entorno permite distinguir entre sistemas abiertos (con intercambio) y sistemas cerrados (sin intercambio). En el ámbito del derecho penal hay una interacción sistémica con el entorno siempre y, así se plantea la política criminal.

Basta observar la realidad y el funcionamiento sistémico, donde aparece en movimiento y en acción respuesta en tipos determinados del derecho, por ejemplo la imputación objetiva<sup>125</sup>, donde se plantean la imputación como operación de atribución de hechos (y omisiones). Es una indagación, donde desde la doctrina se plantea y desde la operatividad del derecho se realiza.

De esta forma aparece la ley penal y la descripción de los tipos penales. Estamos ante las acciones de los individuos que actúan con libertad, donde pueden seguir el cumplimiento normativo o no. En este caso aparece el delito. Hay, pues, Ley, libertad, delito. ¿pero, cómo se actúa ante el delito? Son perseguibles de oficio por los órganos con facultades y por los entes jurisdiccionales por la competencia jurisdiccional, que pueden actuar a instancia de parte.

Hay un engranaje y anclaje normativo donde se individualiza el agente, los hechos y el reproche social, donde hay un objeto y unas reglas. Hay unas lógicas de actuación y unas racionalidades de fines y de medios y, en ese medio es donde aparecen distintos actos.

En análisis del injusto y del bien jurídico es circunscrito a jurisdicción, a acción, a proceso, lo cual nos adentra en el garantismo a través de la sistematización, que abarca la indagación, las pruebas, las contradicciones, etc. En el caso de la imputación que

---

<sup>125</sup> Sánchez-Ortiz, Pablo. *La libertad de derecho penal*. Atelier. Barcelona, 2014.17

hemos señalado la doctrina nos plantea la imputatio facti, la applicatio legis ad factum y la imputatio iuris y la culpabilidad

## 10.-CONFORMACIONES FUNCIONALES ACTUALES DEL DERECHO PENAL

A partir de la década de los noventa ya no es la pugna entre los finalistas, que analizaban lo subjetivo en el tipo lo normativo en la culpabilidad, la doctrina de la acción finalista (analizando la teoría del delito y el injusto), las consideraciones críticas a la doctrina <finalista> en sus vertientes metodológicas, del contenido de la acción o la finalidad y dolo, o la aplicación de esta corriente en su relación con la derecho penal español referido a acciones y omisiones, a la voluntariedad, a la imprudencia o a los elementos subjetivos del tipo y de justificación<sup>126</sup>, frente a la doctrina causalista.

Hay muchos más frentes abiertos que afectan a la misión o funciones del derecho penal, su aplicación y naturaleza con las consiguientes relaciones con otras ramas del derecho y que, dentro del ordenamiento jurídico colisionan. Ya no es el momento de la aplicación de unas corrientes clásicas o liberales, neoclásicas, el positivismo y el neopositivismo, la crisis del positivismo jurídico, el finalismo, etc. Tampoco las visiones absolutas y relativas. Hay unas nuevas coordenadas donde la violencia, el crimen organizado, la democracia y los derechos humanos, la soberanía, el desarrollo de las ciencias, las configuraciones del poder, etc., todo ello incide directamente en el continente y en el contenido, en el plano relacional y en la combinación de los actores que están incursos en la aplicación del derecho penal.

Factores externos y factores internos, procesos endógenos y elementos exógenos producen unos efectos directos y otros indirectos sobre la identidad del derecho penal, que empieza a ser fragmentado y cuyo término conjuntamente entendido, derecho penal, es utilizado con diferentes significados: derecho represor, derecho del Estado (aparato intimidatorio del estado), derecho de seguridad interior, derecho protector (del sistema), derecho de los delitos y de las penas, parte del derecho constitucional, etc. Es decir, el cuestionamiento del derecho penal afecta a la <naturaleza> y a la <identidad>.

Por otra parte, hay una colisión con otras áreas del ordenamiento jurídico, que sabiamente era planteado como derecho penal especial, como es el caso del derecho penal económico, donde se da un continente o concepto y unos contenidos de esa materia, la delincuencia económica, el derecho penal y el derecho administrativo, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por hechos delictivos ajenos, pero, también, la parte especial que abarca a la insolvencia punible (la insolvencia, la quiebra, el alzamiento de bienes), la defensa jurídico-penal de la competencia (delitos contra la propiedad industrial, descubrimiento de secretos industriales, protección de los precios en el mercado, prácticas restrictivas de la competencia o la disciplina de mercado), los delitos cometidos mediante el uso de medios de pago y crédito (falsificación de la letra de cambio, estafa,, falsificación del cheque, cheque en descubierto), delitos monetarios (delitos monetarios y control de cambios) infracciones delictivas laborales ( donde pueden concurrir el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, la protección penal de la salud e integridad corporal del trabajador o la apropiación indebida de la cuota obrera de la Seguridad social) o el delito fiscal<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Córdoba Roda, Juan. *La doctrina finalista*, BdeF. Montevideo. 2014.15

<sup>127</sup> Bajo Fernández, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas. Madrid. 1978. 36

Posteriormente, la doctrina planteó el delito económico como concepto estricto o como concepto amplio y, en el marco comparado, la legislación alemana elabora un proyecto donde analiza los delitos contra la competencia y consumidores, contra las empresas, contra los instrumentos de pago y crédito, bursátiles y concursales. A partir de ahí se plantea y observa el corpus iuris de los eurodelitos y el derecho de la Unión europea, donde se determina la protección de trabajadores y mercado de trabajo, consumidores y competencia, medio ambiente, etc. Es decir, nos encontramos con reformas continuas y propuestas que día a día nos afectan e influyen en el ámbito del derecho penal, en este caso el económico<sup>128</sup>.

Hay un constante y permanente desarrollo de tipos y de respuestas. Basta observar el encuadre del blanqueo del dinero en la normativa internacional<sup>129</sup>.

A su vez, el orden internacional presenta un nuevo marco, el nuevo orden internacional, donde se producen nuevas situaciones delictivas y nuevas demandas de preguntas e interrogantes y de respuestas, sobre los derechos, sobre el orden y la seguridad, tanto globales, como de cada Estado.

Los frentes abiertos, los debates, la transversalidad y el tratamiento y las posiciones de la doctrina van en paralelo con una multiplicidad de frentes que afectan directamente al derecho penal. Paralelamente la producción de leyes penales, el legislativo y los que lo aplican, el judicial, observan y definen en función de una nueva fragmentariedad que afecta al ordenamiento

Como manifestación hay que señalar la elaboración del Código penal de 1995, así como la reforma de 2015, así como las medidas especiales, que se han sucedido.

En el marco teórico nos encontramos con planteamientos que plantean directamente la <crisis> del derecho penal y, así, se revisan la vigencia del derecho penal después del nuevo código de 1885, donde se cuestiona los fines como problema y sobre la operatividad de los principios legitimadores o sobre la naturaleza e identificación de los principios legitimadores<sup>130</sup>.

Hay, pues, un cuestionamiento específico sobre la teoría -si hay o no gran teoría o si sigue siendo válida la construcción de la teoría elaborada, su naturaleza, sus bases de legitimación-, así se cuestionan los rasgos fundamentales del sistema dogmático, la orientación del sistema a la teoría de las normas y a los fines preventivos del derecho penal y el futuro del sistema y el sistema del futuro<sup>131</sup>.

Dentro de el escenario de crisis aparecen respuestas como los que abogan por un nuevo derecho penal. En ese sentido se cuestiona la “inflación penitenciaria”, donde se repasa la metamorfosis de la pena privativa de libertad y la población penitenciaria española; el nuevo autoritarismo penal donde se analiza el discurso de la emergencia, la tolerancia

---

<sup>128</sup> Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho penal económico*. Justel. Madrid. 2012. 15

<sup>129</sup> Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*. Serv. Publicaciones. Univ. Santiago. 2002.12

<sup>130</sup> Robles Planas, Ricardo y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo. *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Atelier. Barcelona. 2010. 28

<sup>131</sup> Robles Planas, Ricardo y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo. *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Atelier. Barcelona. 2010. 41

cero, el derecho penal del enemigo o la sublimación del derecho penal del enemigo; la expansión del derecho penal con un repaso del nuevo sesgo político criminal, el populismo punitivo, el protagonismo de las víctimas, los medios de comunicación social, las demandas populares y decisiones legislativas o la actitud de penalistas y jueces; el proceso reformador del Código penal español con un repaso del Código penal de 1995, las primeras reformas, 2003 como el annus horribilis para el derecho penal español, las reformas posteriores y el futuro previsible; otras reformas de talante decididamente reaccionario como la desnaturalización de la prisión provisional, las reformas sufridas por la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Reformas producidas durante la vacatio legis, la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 2003 y la Ley Orgánica de 4 de diciembre de 2006), la muy limitada vía de la despenalización con la despenalización de la insumisión al servicio militar, la despenalización de la convocatoria ilegal de referendums o la declaración de inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio; y el negocio de la seguridad privada con las referencias a la normativa española en materia de seguridad privada (seguridad pública y seguridad privada y la incidencia del principio del riesgo específico) y la seguridad privada en el ámbito de la Unión Europea<sup>132</sup>.

Dentro del planteamiento teórico hay aproximaciones a las adaptaciones y así aparece el problema penal, la tensión entre teoría y praxis en derecho penal, donde se delimita la concreción del problema penal, donde se repasa el crimen en nuestra cultura actual, la cultura constitucional y la cuestión penal y la ineficacia del sistema y la inevitabilidad del problema. Otro de los temas es el problema penal en la academia, donde se repasa el panorama de discordia entre academia y foro, las preocupaciones de los penalistas académicos (causas <formativas> del alejamiento y las causas <penalistas> del alejamiento), la relativización del alejamiento entre academia y foro, la utilidad de la ciencia para la justicia y el derecho académico y la producción de penalistas; El tema del problema penal en el foro incorpora el derecho penal en los tribunales penales, la interpretación de las leyes y los conflictos jurídicos en los tribunales (la visión de la parte general y los autores de la parte especial), jueces y fiscales (las diferencias, la formación técnica, las críticas y las retribuciones), la actuación judicial y el criterio jurídico-penal (la especialización) y los abogados. Igualmente se repasa el problema penal en la opinión pública, donde se repasa el deseo de justicia de los ciudadanos, la cultura popular sobre el crimen y la justicia y el papel de los medios de comunicación como formadores de la opinión pública, el sistema penal como culpable del problema penal, las imágenes del crimen en la televisión, el cine y en la literatura, la realidad de un foro popular o los juicios paralelos, los imputados y presuntos culpables y los temas estelares concernientes al sistema penitenciario, las sentencias y la prisión provisional y otros (las penas y el sistema penitenciario, la incomprensibilidad de las sentencias, la reclamación de la cadena perpetua, la excarcelación por tercer grado, la prisión provisional o los extranjeros delincuentes y la expulsión<sup>133</sup>

#### 10.1.-Función instrumental

---

<sup>132</sup> Landrove Díaz, Gerardo. *El nuevo derecho penal*,. Tirant lo Blanch. Valencia.2009. 17

<sup>133</sup> Quintero Olivares, Gonzálo. *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal*.. Justel. Madrid. 2012.13

Al plantear e individualizar el término instrumento o lo instrumental apelamos al medio, al soporte y también al plano de información y comunicación. En ese doble sentido de soporte y de información, el derecho penal cumple una función instrumental en la sociedad, que tiene relevancia para la sociedad misma, para el individuo y para el Estado.

No se queda en el plano institucional de la mera recepción/transmisión, sino que se extiende a cerrar y cumplimentar los mensajes jurídico-penales. No se reduce a mera comunicación, sino que estandariza valores, no se achica a la mera aplicación mecánica sino que proclama normas.

En la actualidad, pese a los equívocos de los debates abiertos, el derecho penal tiene una misión o función instrumental, que se encuentra implementada por el desarrollo tecnológico y técnico.

Esa función instrumental identifica al derecho penal en el marco de la instrucción e identidad, en el marco de la información y en el marco de la aplicación metodológica-técnica.

La función instrumental es una concepción finalista. La norma penal está para cumplirse y, en consecuencia es una base principal para la convivencia social

Una variable de esta visión instrumental se referencia en otra corriente que asume al derecho penal una nueva función: la función <psico-social>, donde el papel del derecho penal es canalizar la sanción a la infracción. Hay que señalar que detrás de esta perspectiva puede albergarse algún instinto de venganza. Es en muchos casos esta postura un catalizador colectivo y, en consecuencia, buscar la compensación directa por el daño causado.

El derecho penal tiene visibilidad, actúa en el espacio público y refrenda un marco normativo propio y todo ello se realiza con carácter autónomo.

Ahora bien, la complejidad del mundo de hoy y los límites con otras formas de saber y de ciencias y la intervención del Estado y sus formas de poder nos trasladan a cesiones o entregas e, incluso, exclusiones que nada tienen que ver con el derecho penal, sino a una forma de concebir y aplicar el poder como razón de Estado, entre ellas la excepcionalidad como norma.

El derecho penal es una rama del derecho, que es una ciencia normativa. Que tiene una naturaleza pública y privada. El derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico, pero, al mismo tiempo político, es, por tanto, un marco jurídico-político. Es aquí donde aparece la primer signo de conflicto en la racionalidad de su propia demarcación, ya que la política, desde la República y Las Leyes de Platón o La Política de Aristóteles hasta la Ilustración formaba parte del pensamiento filosófico donde la filosofía social y la ética componían una parte al lado de la ontología, etc., pero con la irrupción y el desarrollo de la ciencia hay una ruptura con el planteamiento filosófico. El derecho y la política tienen dos naturalezas diferentes, tienen dos modos de abordaje distintos y tienen unos objetos, unos métodos y unas fuentes distintas.

Al unir y presentar lo jurídico-político unido nos cuestionamos cuál es la variable independiente y cuál es la variable dependiente, el derecho o la política. El derecho pertenece a las ciencias normativas y la política a las ciencias sociales (aunque en su pretensión de abarcabilidad total sólo queda en historia y en periodismo). Pero, sin duda, las fronteras en la conjunción de ambas ciencias delatan predominios y hegemonías. Hay, pues, un difícil equilibrio entre ambas.

Aparte del encuadre científico aparece un escenario a tener en cuenta: las ideologías, que se sitúan básicamente en un plano transversal, pero que no pasan del ámbito de la intelectualidad y de la opinión pública. No hay una episteme definida y, en consecuencia, tiene un circuito de producción social del conocimiento reflejado en el ensayismo, el artículo, la columna, etc. Sin embargo, hay que valorar un rasgo importante, está en el ámbito cultural y forma parte de sistemas de creencias y de sentimientos y en la sociedad de masas tiene un peso específico.

A ello, hay que unir la instrumentalidad de la política, su estrategia y táctica de organizaciones y medios y, en consecuencia, puede presentarse un paisaje del poder en la sociedad desnaturalizado y ofrecido como marco de existencia social. Estamos ante el debate descrito por Weber en “El científico y el político”

Mestizaje y confusión en vez de unión y combinación puede ser letal para entender el planteamiento del derecho frente a otras manifestaciones. Tal es así, que desde la visión marxista el derecho forma parte de la ideología burguesa y la aplicación del mismo se realiza a través de aparatos represivos del Estado.

Ciertamente la combinación de libertad y seguridad tienen complicadas relaciones, pero es ahí donde opera, precisamente el derecho. El derecho penal se siente, precisamente afectado, al aplicar los distintos estatutos científicos. Problemáticas de nuestro tiempo, pero que se incardinan en la realización de un modelo civilizatorio democrático y de derechos humanos.

Al revisar la libertad y la seguridad sí hay interferencias, motivaciones y justificaciones que pertenecen a marcos y ámbitos diferenciados en las distintas ciencias y desde distintas áreas del poder, lo cual afecta directamente al derecho penal, que es estatal, pero también tiene vinculación con Europa y con la ONU.

Pero la identidad del derecho penal está perfectamente definida: ley y control, delitos y penas, acciones y jurisdicciones, procesos y resultados. La persecución del delito en todas sus formas abre múltiples interrogantes, ya que los avances, los adelantos, los desarrollos y los progresos en el delito conlleva adentrarse en las nuevas formas y en su complejidad y el control garantista requiere atención y cuidado en el cumplimiento normativo.

Como simple muestra de las interferencias, de las influencias mutuas, de las interacciones y de las comunicaciones hay adaptaciones normativas. En ese sentido, y como simple ejemplo, el derecho penal y seguridad (de los derechos) en los que hay nuevos escenarios y nuevos actores. Así, podemos observar que el derecho a la libertad y a la seguridad aparecen en el artículo 6 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el derecho a la seguridad en el artículo 17 de la Carta Europea. La



seguridad de los derechos significa la protección de bienes jurídicos<sup>134</sup>. Al plantearnos el derecho a la libertad nos presenta los supuestos legales de restricción de la libertad, los modelos de privación de libertad previstos en la Ley de Protección de la Seguridad ciudadana de 1992, recordando los antecedentes en el derecho comparado de las restricciones de la libertad de movimientos migratorios incorporados a la LOPSC (el acompañamiento coactivo/lógica del sospechoso, la detención con finalidad de investigar identidad la guarda e internamiento), lo cual nos presenta unas figuras como la limitación de circulación o permanencia y la identificación y privación de libertad al sospechoso e infractor administrativo, se revisa las detenciones discriminatorias y se analizan las restricciones ilegales de la libertad y de las garantías del detenido en el Código penal. Pero, en el análisis nos recuerda las complicidades de los gobiernos (aparte de los acuerdos y tratados), las resoluciones del Parlamento europeo sobre entregas extraordinarias, detenciones secretas, vuelos ilegales y torturas prácticas, así como el contexto legal que legitima la suspensión de derechos, etc. Es decir, ¿el predominio político o el predominio jurídico? El uso y el mal uso del derecho.

Pero, sin perder su identidad el derecho penal es instrumento de los individuos, donde se rigen por normas, es instrumento de la sociedad, que profesa determinados valores y es instrumento del Estado por su organización, donde se realizan y se vinculan las actuaciones, que, por otra parte, apela metodológicamente, a los instrumentos en sus fases procesales.

La función instrumental implica que la operatividad y aplicación del derecho penal se hace de forma reglada, con instrumentos públicos (escrituras, pruebas, acciones). En el derecho penal, los instrumentos del delito son los útiles o medios empleados o utilizados para comisión de un delito o la ejecución del acto criminal.

## 10.2.-Función simbólica

El derecho penal en la actualidad ha ido evolucionando y su contextualización ha sido revisada y aparece marcos doctrinales que incorporan nuevas dimensiones al derecho penal. En ese ámbito, sin perder el papel de instrumento de control y marcador del orden establecido se le amplían otras funciones como la función ético-social, la función simbólica y la función psico-social. De hecho, todas ellas estaban implícitas en las dos funciones clásicas: prevención y protección.

Esta explicación se debe fundamentalmente a las nuevas exigencias del derecho penal en el espacio público, donde hay dependencias convertidas en únicas desde la perspectiva de la política. Todo ello produce una adecuación y una búsqueda de respuestas y ajustes a las nuevas demandas y frentes, que sirvan para situar el orden social y jurídico y el control no sólo institucional y jurídico.

Entramos directamente en el estudio del <significado>: ¿qué representa el delito? ¿qué valor tiene la pena?, ¿qué significados tiene el derecho penal?. Es obvio que las corrientes de pensamiento fenomenológico y hermenéutico (también es estudiado el

---

<sup>134</sup> Portillas Contreras, Guillermo. *El derecho penal de la libertad y seguridad* (de los derechos). Justel. Madrid.. 2012. 14

tema desde el formalismo, el positivismo lógico, la semiótica, etc.), que han arrojado luz y extensión al planteamiento. De hecho la fenomenología desde Husserl se describe como una descripción de las significaciones. De este modo, desde la fenomenología se estudia el derecho independientemente de la posición que se adopta sobre su valor. Se trata de comprender todo lo que existe.

Pero las leyes regulan y afirman, delimitan y expresan, lo cual nos adentran en el planteamiento de un tema cualitativo en la vida social y, también en la vida jurídica, ya que hay una relación directa entre ley y ordenamiento.

Se entra al plantear la función simbólica en un debate cualitativamente significativo entre lo <natural> y lo <racional>, También en el marco de la interpretación se plantea el peso determinado de los signos y de los símbolos. Es decir, el planteamiento conlleva gran debate y discusión en el planteamiento epistemológico, pero, igualmente en el planteamiento metodológico con las consiguientes consecuencias en el mundo del derecho.

De hecho hubo un esfuerzo cualitativo para integrar esas derivas que presenta el tema de lo simbólico y, entre las nuevas corrientes del derecho se enmarcan las diferencias, aunque se pretenden integrar y asumir la dimensión social como marco explicativo, pero, sin duda, las diferencias son de naturaleza.

Sea del desde la perspectiva utilitarista, cultural o sistémica el derecho penal se adentra más allá de la simple delimitación legal, ya que hay <normas>, <valores> y <leyes>, que nos señalan <significados>, <sentidos> y <direcciones>, Lo simbólico nos traslada a los signos y, detrás de la simple normatividad aparecen valores, normas y mundos simbólicos.

No se trata de adentrarse en el movimiento del simbolismo ni apelar a Baudelaire, sino a la simple etimología y recordar que symbolon es en griego juntar, lo cual nos indica que cualquier signo tiene significado y hay que interpretarlo en su entorno. El symbolon es marca, señal, distintivo, signo y contraseña. El symbolon inicialmente se refería a dos mitades cortadas, que al juntarlas permite reconocer el sistema. Posteriormente, la evolución del término nos lleva a un objeto, a una imagen, que representa a otra, que en este caso es que detrás de una ley hay un ordenamiento jurídico con todo lo que conlleva de implicaciones significativas.

De hecho el planteamiento simbólico ha sido utilizado para definir movimientos culturales, que reflejaban el carácter de lo que se simboliza y, en ese sentido se enmarcan los sistemas de símbolos. Este planteamiento nos lleva a la estética y a la ética, donde se asigna una función expresiva de lo real. El signo y el símbolo nos adentran en la asociación.

El símbolo es lo que se coloca en lugar de cualquier otra cosa, es la representación y, de ahí la generalización y difusión. Al aplicar el concepto símbolo al mundo social, el símbolo tiene un significado compartido, se puede, por tanto comunicar. Hay, pues, también, diferencia de símbolos y jerarquía de los mismos, no es lo mismo un símbolo personal, que un símbolo colectivo.

El símbolo es una señal convencional (el signo es todo aquello que designa algo). El símbolo tiene un carácter convencional, señala algo en virtud de un acuerdo. La expresión simbólica se opone a la expresión racional, que expone las ideas directamente sin recurrir al perfil de una figura sensible. En el planteamiento del derecho aparece la relación ley/ordenamiento.

La importancia de los símbolos se aprecia por ser públicos y transmiten emociones, información o sentimientos compartidos y pueden operar, por tanto a favor de una propuesta, que se manifiesta básicamente en los temas de cohesión social, provocando el compromiso social-

Pero, igualmente, pueden operar en dirección distinta y el símbolo pasa a tener y crear disfunciones sociales al representar conflictos sociales

El signo y su relación con el significado es arbitraria, ya que entre el signo, (una ley), y el objeto significado (lo que regula) no hay relación alguna, ni de causalidad, ni de semejanza. En ese sentido, el símbolo perdería su carácter de signo si no hubiera algún interprete (el poder). En ese sentido, desde el planteamiento político-jurídico alcanzan un discurso integrador.

Estas dos concepciones: la simbólica y la racional, alcanzan plena instrumentalización en la explicación jurídica, porque el pensamiento simbólico pretende ser presentado como parte integrante de la naturaleza del pensamiento humano. En ese sentido, ya Descartes señalaba la tendencia natural del pensamiento simbólico era expresar de manera abstracta cosas concretas.

Un sentimiento no puede ser expresado racionalmente utilizando un discurso conceptual. En realidad sólo puede, como en el caso del sentimiento religioso, expresarse directamente por medio de símbolos y mitos señalaba Cassirer en la “Filosofía de los símbolos”.

Desde la perspectiva jurídica, el utilitarismo nos adentra en los fines y, en consecuencia, sitúa todo el proceder en un marco ideal/real organizado de acuerdo a la visión clásica del orden social producido por el liberalismo económico y social. Desde la perspectiva cultural el signo representa valores de una sociedad y, desde el contexto, se seduce la dirección y el sentido. Curiosamente, desde el planteamiento jurídico se quiso situar la función simbólica dentro de ese marco, pero era achicar mucho su alcance por pretender excluir a otras posiciones. Igualmente, abarca al planteamiento sistémico del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se entendía el sistema como marco universal.

Nos encaramos, de esta forma con el <sentido>, que implica “referencia”, como señala Frege, y “comprensión” y, también, con el <significado>, como señala Dilthey, que nos traslada una “correlación” de las palabras con la realidad.

La concepción sistémica de lo universal descarta la afirmación del acto aislado, que sería siempre individual y arbitrario. El delito se situaría como una arbitrariedad del individuo frente a la paz que representa el sistema

En el derecho penal la función simbólica se conecta con la corriente académica e ideológica fenomenológica y hermenéutica (aparte de psicológica y utilitarista) y, en

consecuencia, marca un nuevo marco de planteamiento y explicación de la vida social y la vida jurídica. Son como los que sirven para la interpretación auténtica de los sentimientos y creencias sociales.

El problema de la función simbólica es que se queda en los ámbitos de la opinión pública, pero tiene un efecto psicológico que nada tiene que ver con los bienes jurídicos<sup>135</sup>.

La denominada función simbólica es también conocida como función <retórica> y pretende antes que proteger bienes jurídicos, fomentar la producción en la opinión pública la visión determinada de los bienes que se protegen. Refleja, pues, una dimensión pedagógica y, también dirigista, ya que se autoproclama como visión popular, democrática, garantista e institucional.

En realidad, y dentro de la doctrina, esta función simbólica se entiende como un “efecto placebo” en el sentido del planteamiento justificativo, que en cuanto a resultado y tangibilidad puede ser errónea o considerada inútil. Sin embargo, para otra gran parte de la doctrina, esta visión es integradora, aunque pueda ser discutible su “última ratio” y su papel de intimidación. No es precisamente en nuestro tiempo cómo podemos entender la visión de Rousseau o de Marx de que el hombre es el “buen salvaje”. Es, en todo caso, un buen salvaje que delinque y, en consecuencia infringe daños a los bienes jurídicos protegidos. De ahí la compleja relación de las naturalezas y de los bienes jurídicos protegidos

El planteamiento simbólico en derecho penal abarca a distintos ámbitos que entran en la opinión pública y que son debate del poder y del meta-poder, donde se genera y se extiende la ilusión de seguridad, el estado o atmósfera de creencias para la adopción de medidas, etc. y nos traslada a un fenómeno nuevo donde se presenta una encrucijada de crisis de la política criminal y adopción de nuevas posiciones. Pero, el problema queda sin resolver, ya que el derecho penal protege bienes jurídicos, mediante la ley.

### 10.3.-Función promocional

Hasta ahora venimos recordando las funciones clásicas de prevención y protección a las que unimos la función de restitución por el daño causado.

A esas funciones ya clásicas hay que añadir las demandas sociales y las demandas individuales, las demandas colectivas y las demandas particulares. Y, desde la doctrina y desde el foro se ha ido configurando modelos de respuesta, donde se explican y justifican las acciones penales. Así, desde la doctrina se ha ido conformando unas funciones al derecho penal:

- Función de Orientación
- Función de Tratamiento
- Función de Resolución de conflictos
- Función de legitimación del poder
- Función Motivadora

---

<sup>135</sup> García-Pablos de Molina, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 2005.

## Función Organizativa

Es decir, desde Kant y su visión pedagógica, desde Hagel y su visión dialéctica y absoluta y, en nuestro tiempo, desde Habermas con su visión declarativa del “estado jurídico democrático”<sup>136</sup>, donde se plantea ¿cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad? Y recurre a la concepción de la racionalidad del derecho de Weber, la desformalización del derecho y la racionalización del procedimiento jurisdiccional instrumentalizado. Ello lo analiza de forma consensual partiendo de la idea del Estado de derecho, donde se cuestiona la autonomía sistémica del derecho, donde se explica la razón y la positividad para exponer el entrelazamiento de derecho, de política y de moral, y la sustitución del derecho natural por la idea de Estado de derecho. Habermas completa su análisis sobre la soberanía como procedimiento para concluir con la ciudadanía y la identidad nacional.

Habermas ha relacionado el derecho la moral y la política. En ese sentido reafirma la mediación histórica de moralidad y eticidad en el deber, en la responsabilidad y en la justicia<sup>137</sup>, donde parte de establecer una racionalidad de una forma de vida y se plantea cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad, que es donde él señala el entrelazamiento de derecho, política y moral, la sustitución del derecho natural por la idea de Estado de derecho y donde él reafirma la racionalidad de los procedimientos institucionalizados jurídicamente.

El derecho penal es la rama del derecho que analiza hechos y actos jurídicos que afecta al ordenamiento jurídico y, en ello, tanto material como formalmente implica aplicación y funcionalidad sobre aspectos que afectan a la ley y al orden social. Este derecho se basa en unos principios, tiene unas fuentes formales en la ley y desde ahí se aplica en y a las acciones, ya que hay responsabilidades. Es decir, se aplica a los delitos y aplica unas penas. De ahí que se entienda que el derecho penal tiene la función de protección, la función de seguridad jurídica y que sirva para mantener un orden jurídico, que tenga una función preventiva, que proteja a sociedad y defienda los bienes jurídicos de los individuos asumiendo la tutela de los mismo, es decir, tiene la función de protección de bienes jurídicos. Todo ello nos lleva a delimitar funciones

Ello nos introduce en los frentes que desde el pensamiento se realizan en nuestro contexto, donde hay que añadir el desarrollo y planteamiento desde el derecho como ciencia normativa, donde hay doctrina y hay teoría, donde las visiones clásicas, el utilitarismo, el funcionalismo el estructuralismo, las corrientes culturales, dialécticas, consensuales... marcan nuevos frentes y las respuestas han tenido eco. De hecho Roxin, Hassemer, Jakobs y tantos otros se adentran en las cuestiones que se abren en el ámbito determinado en el derecho penal. Aquí en España de forma genérica hay que repasar el planteamiento de Mir Puig, López Silva, García-Pablos de Molina o Lorenzo Morillas Cueva.

Es decir, la doctrina se ha hecho eco y ha tratado de ajustar y adecuar las respuestas de las funciones del derecho penal. Pero, en nuestro medio se desestructuró este ámbito de las funciones del derecho penal para contextualizarlas, bien en el orden jurídico, en el control jurídico, en el delito o en la pena.

---

<sup>136</sup> Habermas, J. *Facticidad y validez*. Trotta. Madrid. 1998. 35

<sup>137</sup> Habermas, J. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Paidós. Barcelona. 1991. 55

Sin embargo, hay un marco lingüístico y hay un marco expositivo. Ello dio lugar a que las funciones del derecho penal se sitúen en un filtro múltiple por lo que se depuran las teorías: las funciones como: 1) tema; 2) mensaje; 3) discurso; 4) narratividad; 5) argumento; 6) relato; 7) y guión.

A ellas se han añadido las funciones generalizadoras, las funciones fundamentadoras y las funciones motivadoras; a ellas se ha sumado las funciones ético-sociales, las funciones simbólicas y las funciones promocionales. Es decir, al derecho penal se le han ido atribuyendo nuevas funciones en respuesta al status y al rol que realiza ante el Estado, ante el individuo y ante la sociedad y, de acuerdo con el receptor, con el destinatario y con el beneficiario se han ido consolidando distintos tipos de discursos como respuestas.

La promoción del derecho penal no está en ser anunciado, sino en su aplicación y contenido. De esta forma, se entiende la tutela de la sociedad de forma expresa con unos normas expresas que prescriben las acciones de las conductas, que incide en una dimensión objetiva y en otra subjetiva y que se circunscribe a delito-pena. Sin embargo, hay que depurar necesariamente las funciones y aparece que la ley penal describe hechos punibles. Una conducta no puede ser calificada como delito si no hay una pena para tal acción. Los tipos penales permiten diferenciar unas figuras de otras y, la pena se convierte en función motivadora. La ley con la sanción desmotiva la acción.<sup>138</sup>

Delito y crimen y sanción y pena son las dos realidades operativas en el derecho penal. Sea derecho penal de acto o sea derecho penal de autor aparece la acción, su valoración, la aplicación de la ley y la sanción. Esta tarea realizada por el derecho penal es básica y es la que hace imprescindible su identidad.

Si el derecho penal tiene como funciones en la modernidad la protección y la prevención, aparte de las funciones de la pena, que es la restitución, el planteamiento actual, que para algunos es el de la postmodernidad, se mantienen esas funciones y se afirman al señalar la permanencia del derecho penal, aunque haya factores que vayan en dirección opuesta. De hecho, la sociedad del riesgo, la globalización y otros factores que inciden directamente en la política como es la democracia y los derechos humanos, encuentran en el derecho penal un reforzamiento y relanzamiento, ya que se proclaman nuevas regulaciones de bienes jurídicos protegidos

Hay que destacar que, desde el planteamiento jurídico básico y constitucional, hay que destacar la declaración de las garantías. El garantismo de la libertad, de la seguridad y de la verdad<sup>139</sup>, que describe el sistema de garantías. Esta es otra referencia cualitativa para el ejercicio y aplicación del derecho penal.

---

<sup>138</sup> Muñoz Conde, *F Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. 22

<sup>139</sup> Prieto Sanchis, Luis. *Garantismo y derecho penal*. Justel. Madrid. 2011. 7

## 11.-LA RESPONSABILIDAD COMO REALIDAD, TESTIMONIO Y VINCULACIÓN

El desarrollo de la ciencia penal se realiza dando respuesta a cuestiones externas a los elementos del objeto de estudio y, al mismo tiempo, dando respuesta a las cuestiones internas. Sin duda los avances de las formas de saber se incorporan. Sin embargo, hay unos factores y circunstancias que inciden directamente: la imagen y la propia imagen, el escenario y contexto, donde aparece la opinión pública y, sobre todo la comunicación. Hay, pues, nuevos nodos de encarar y dar respuesta a estas nuevas situaciones.

Sin embargo, el abordaje, que puede ser de fuera a dentro, no puede dejar de revisar los factores esenciales que inciden en la comisión del delito y en la concepción de la pena.

En las ciencias normativas un tema básico es la responsabilidad, que etimológicamente proviene del verbo latino, *respondere*, que significa responder, corresponder, ser digno de o igual a, o estar a la altura de.

La responsabilidad viene a ser la capacidad intelectual para tomar decisiones con plena conciencia de la naturaleza y consecuencias de las propias acciones.

Es un término con una carga histórica del derecho romano y reafirmada por la patrística y la escolástica y por el derecho germánico, hasta que a finales del siglo XVIII quedó vinculado a la idea jurídica de la reparación (o compensación a la que está obligado quien causa un daño).

Desde el pensamiento filosófico Hegel afirma que atribuir a un hombre la responsabilidad de una acción significa imputársela o atribuírsela. A los niños, los cuales aún están en estado de naturaleza no se les puede imputar aún ninguna acción, no son responsables todavía; lo mismo vale para los locos o los idiotas<sup>140</sup>.

Para Sartre, tomamos la palabra <responsabilidad> en su sentido trivial de “conciencia (de) ser el autor incontestable de un acontecimiento o de un objeto”. En tal sentido, la responsabilidad para-si es agobiadora, pues es aquel por quien se hace que haya un mundo<sup>141</sup>. En esa misma obra, Sartre señala que responsable es el hombre, al estar condenado a ser libre, lleva sobre sus hombros el peso íntegro del mundo, es responsable del mundo y de sí mismo en tanto que manera de ser.

Hay, a partir de ese momento un uso intercambiable entre la visión jurídica y la visión filosófica (y también política) nucleando en debate de la libertad para relacionar la moralidad con la libertad humana y de ahí se afirma que, quien es libre es responsable. Cada quien responde de sus actos y de sus consecuencias, se los imputa a si mismo y acepta la imputación de los demás.

La responsabilidad es la capacidad de responder de los propios actos y de sus consecuencias.

Suele generalizarse que la responsabilidad tiene tres condiciones: 1) la existencia de una ley, sea jurídica, moral o social; 2) la posesión de la razón (los dementes no son

---

<sup>140</sup> Hegel, *Propedéutica filosófica*. Equinóceo. Caracas. 1980. 25

<sup>141</sup> Sartre. *El Ser y la Nada*. Losada. Buenos Aires. 1983.675

responsables); 3) y la libertad, puesto que nadie es responsable de haber efectuado un acto bajo coacción

La responsabilidad ha caminado a obligación de responder. Ser responsable de un acto es reconocer la autoría del mismo y aceptar sus consecuencias, es decir, las posibles sanciones

El término tuvo un desarrollo importante en las distintas ramas del derecho, así se habla de responsabilidad civil, que refleja el carácter de quien debe reparar el daño hecho a otro, pero hay más extensión en el uso y se habla de responsabilidad objetiva o sin culpa, que es la situación en la que un individuo, aun no siendo responsable criminalmente responsable, ni culpable, puede ser considerado como autor voluntario de un acto lesivo para otros.

La responsabilidad objetiva existe cuando el riesgo se erige en fundamento único de la obligación de resarcir.

La responsabilidad penal es aquella que se deriva de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal y que se concreta en la imposición de una pena y/o medida de seguridad. Tal responsabilidad se basa en la culpabilidad y tiene carácter personal

La responsabilidad criminal es una situación subjetiva del individuo, que resulta de la concurrencia de las condiciones o requisitos de la imputabilidad en un caso determinado sin que intervengan causas legítimas de inimputabilidad o de impunidad. Así como la imputabilidad es el aspecto psicológico de la vinculación causal entre el delincuente y el delito, la responsabilidad es el aspecto social y jurídico de la propia vinculación. La imputabilidad es presupuesto necesario de la responsabilidad. La responsabilidad penal se traduce en la declaración jurídica contenida en la sentencia y en la atribución de la pena consiguiente

La responsabilidad criminal es la que tiene su origen en un ilícito propio del derecho Penal, en su dualidad de delitos o faltas. Se señala en el artículo 27 CP que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Con el testimonio se quiere representar una realidad que circunda, donde la imaginación y lo ideal queda superado por la realidad. El derecho penal, que señala las conductas ilegales e ilícitas marcan un horizonte perceptivo, que la realidad respalda de forma permanente.

Hay que destacar la realidad y los vínculos que quedan marcados. Aquí hay que destacar el principio de legalidad, como elemento básico, que se manifiesta en la tipicidad, que no es otra cosa que el principio de legalidad de los delitos (nullum crimen sine lege) concebido en garantía política que amparase los derechos de la persona humana contra las arbitrariedades

El derecho penal, que puede ser definido como conjunto de normas, pertenecientes al ordenamiento jurídico, que tiene como fin regular conductas punibles, consideradas como delitos, con la aplicación de una pena, tiene un estatuto propio, y, aunque se



centra básicamente el estudio del delito y las penas, refrenda una gran misión proteger la sociedad.

Este derecho penal funciona con dos tipos de fuentes, unas reales y otras formales, pero, además, que tiene como fuente directa la ley, asumiendo como fuentes indirectas y complementarias la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho. El derecho penal opera con principios limitadores que la doctrina constantemente recuerda como son el principio de legalidad (principio de irretroactividad, principio de escrituración y principio de taxatividad); el principio de proporcionalidad o de intervención mínima; y el principio pro derechos humanos (lesividad, humanidad).

Al centrar el estudio del delito como ruptura del orden establecido, como desviación de la norma social imperante, como frustración de la paz o como quiebra de la seguridad, se plantean los elementos del delito y, siguiendo la construcción alemana de “acción”, “típica”, “antijurídica” al que se añade la culpabilidad. Es decir, frente a la objetividad de la norma aparece la subjetividad de la acción y los caracteres de la misma. Y, frente a tal acción se encuadra la reacción social y la respuesta institucional, que es canalizada jurídicamente, el derecho como mediador y remedio del conflicto. Como forma de remediar el daño causado al bien jurídicamente protegido, aparece la imposición de sanción o pena, que es cuestionada acerca del fin de la misma, con teorías <absolutas> que afirman que la pena tiene una “justificación en sí misma”, La pena no sería una forma de castigo, sino que el sujeto comprendiera lo incorrecto de su actuación y, en consecuencia asumir las responsabilidades; otros defienden una teoría <relativa> de la pena y se sitúan en el plano “preventivo” y en la “utilidad”, la pena como medio ejemplar; y teorías <mixtas> o de <unión>, que no ven justificación en sí mismas y operan desde planos multidisciplinarios que recoja aspectos positivos. Al lado de las penas hay <medidas de seguridad>, que desde el ámbito teórico suelen agruparse en: 1) medidas terapéuticas, que buscan curar; 2) medidas educativas, que buscan reeducar; 3) y medidas asegurativas, que buscan resocializar.

Orden jurídico y control jurídico de las acciones y, aquí se entra en uno de los temas debatidos en el derecho penal. La justificación entra de lleno en el planteamiento de la operatividad del derecho penal. La doctrina alemana y española han aceptado la separación de causas de <justificación> y de <inculpabilidad>, ambas eximen de pena. Reflejan un interés prevalente<sup>142</sup>. Así mismo, hay que diferenciar entre causa y excusa.

### 11.1.-La libertad y la ciudadanía

La libertad es un término, es un concepto, que encierra múltiples significados y, en ese sentido, se entiende la libertad: 1) como condición; 2) y como principio.

La condición, de *condictio*, significa condición, situación y estado. Desde la construcción epistemológica se afirma que la condición es la circunstancia sin la cual

---

<sup>142</sup> Hassemer, W y Larrauri, E. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Tecnos. Madrid. 1997.4

situación coadyuvante donde se puede producir algo. La condición se distingue de la causa o motivo. La libertad es condición o posibilidad abierta. En el ámbito del pensamiento, el existencialismo al lado del personalismo y las corrientes de comunicación han posibilitado una respuesta mucho más profunda, donde causa y condición son esencialmente distintas.

La vida humana se desarrolla con otros. Hay una interacción con otros, donde se identifican variables como pertenencia, procedencia, referencia con grupos y, de ahí la identidad y la trascendencia de las acciones y actos, que son legitimados por el grupo social. Conviene tener en cuenta que una cosa es la humanidad, pero otra es la conformación que desde la Ilustración se ha ido extendiendo y así se habló de <pueblo> con su idiosincrasia, valores, mitos, ritos, mundo simbólico, etc. (W. Wundt, Nietzsche...), <nación (Herder, Goethe, Renan...), <región>, <país>...o <Estado> (Estado-nación). Y es desde el Estado-Nación donde encuentra aplicación instrumental la pertenencia y que se circunscribe en la ciudadanía.

Después de la Ilustración y con la revolución francesa la libertad alcanza el nivel conceptual elevándola a principio, base y condición. Es, a partir de ahí, como la libertad es posibilidad y es realización.

La libertad es, desde el principio, una posibilidad y una situación común a todos los hombres. Es la posibilidad de hacer y no sentirse constreñido o coaccionados a actuar de una determinada forma.

Pese a que nuestra situación se nos da a la vez como singular y como universal. La condición es situación, es posibilidad. Es capacidad y es realización. Es facultad y ejercicio.

Hay distintos tipos de condiciones. Unas condiciones son naturales y son a priori. Cuando planteamos las condiciones naturales nos lleva a comportamientos reflejos ( los perros de Paulov). Pero, también, hay condiciones artificiales o convencionales, es decir, determinaciones accesorias –piénsese en los contratos-. Ello nos lleva a unas tipologías de condiciones convencionales, que desde el derecho tiene que cumplir dos requisitos: 1) ser posibles; 2) y ser lícitas (Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley).

Las condiciones nos sitúan en la situación, aunque, luego, podamos establecer tipologías de condiciones como las potestativas, las causales, las mixtas, las suspensivas...o las resolutorias.

Desde la perspectiva social nos encontramos con las condiciones necesarias, que establecen una relación entre dos elementos condicionalmente ligados, implica una correlación, por la que uno de ellos no puede darse sin el otro. Otra cosa es la condición suficiente, en esta la relación entre esos elementos condicionalmente ligados, por la que la presencia de uno garantiza la presencia del otro

Otra cosa es la causa, que se refiere al ente o proceso capaz de producir algo, un efecto ( desde Aristóteles distintos tipos de causa (material, formal, final eficiente), luego las ciencias hablan de causas suficientes, causas necesarias y causas coadyuvantes, y, posteriormente, aparecen la causal, la probable y la probabilística). Sin embargo, el

principio de causalidad implica relación, y, siendo suceso o proceso tiene su origen en otro, es decir, todo tiene su causa, que no se identifica en sí con motivo ni con móvil.

Las causas y los efectos aparecen en el horizonte perceptivo, cognitivo y operativo del observador. Pero, volviendo a las causas hay que señalar que en derecho penal podemos señalar la causa eficiente, la causa ejemplar, la causa final, la causa instrumental (que pretende conseguir un efecto), causa primera, causa transitiva...

No hay una libertad esencial o reconocida universalmente y, aquí, radica la grandeza de la libertad democrática, que no es otra que la que delimitan los sistemas democráticos, que se organizan como tales a través de regular la representación y la participación, o lo que es lo mismo, la democracia formal (representación) y la democracia real (de la participación)

Pero, aparte de condición, la libertad puede ser principio y, como tal es elevada en el plano constitucional, pero, sobre todo es conformada como derecho. Es desde ahí desde donde se analiza el alcance y el significado de la libertad. Constitución y ciudadanía reafirma un escenario adecuado para la convivencia y para el desarrollo de la paz social y la seguridad.

Hay un nuevo escenario para el derecho penal como señala Mir Puig en las “Bases constitucionales del derecho penal”, donde destaca que la aprobación de la Constitución marca una nueva etapa al derecho penal en sus dimensiones sustantivas y procesales, con incidencia en el plano del legislador, en la parte e la jurisprudencia y en la parte de la doctrina.

Se parte de que el derecho penal es un arma esencial del Estado, donde este derecho penal es compartido y afectado por la cultura internacional. Es decir, las bases constitucionales del derecho penal no es patrimonio exclusivo de ningún país. Hay, en ello, un encuentro con la globalización y derecho penal internacional.

Es obvio que al analizar el derecho penal hay que hacerlo desde el planteamiento histórico y, en ese sentido, todo derecho penal responde a una determinada política del tratamiento de la delincuencia, lo cual se traduce en la política criminal y así podemos observar como ha sido el desarrollo evolutivo a lo largo del tiempo. En ese marco plantea la función del derecho penal<sup>143</sup>. Después de observar la evolución y ampliación a las tecnologías, al mundo económico, al mundo político y al mundo cultural, hay una nueva dirección integradora coordinando el derecho penal con la Constitución.

Qué espacio va ocupar ese nuevo encuadre del derecho es el reto a cumplir y se extienden las teorías de la pena con las ideas de la retribución, la prevención y la protección con las medidas. Hay una concepción absoluta de la pena y, ahí encontramos la retribución de la pena se cuestiona la idea del pago, saldar, por lo que la pena es una resolución de la justicia; la pena no es venganza; tampoco cabe la aplicación del perdón; sino que debe imponerse por el delito cometido.. Ya el liberalismo ya había planteado la proporcionalidad entre pena y delito, y, ahí, se habla y se aplica el garantismo

---

<sup>143</sup> Mir Puig, Santiago, *Bases constitucionales del derecho penal*. Justel. Madrid. 2011.37

Las teorías de la prevención de la pena, donde se habla de la prevención general y la prevención especial. La pena tiene como fin prevenir delitos y con ello buscar la protección de determinados intereses sociales; de cara al futuro, encontramos la función utilitaria de la pena y es presentada como respuesta. Dentro de la prevención general, frente a la colectividad en general, conlleva la idea de coacción psicológica, es decir, intimidación, pero, además, y siguiendo la Constitución, aparece la proporcionalidad, pero es necesario limitarla. Al lado, aparece la prevención especial, que tiende a prevenir los delitos que proceden de personas determinadas.

En este marco se vuelve al planteamiento de Jhering y a la idea de fin en el derecho. En ese ámbito se analizan la intimidación y la corrección, pero además, el marco: la protección de bienes jurídicos

De la combinación de las funciones de retribución y prevención van a surgir distintas teorías eclécticas, que darán de sí la irrupción de teorías de realización de justicia y la protección de la sociedad. Esa relación de la retribución y prevención se persigue una retribución justa. Recuerda Mir Puig, que Roxín habla de la aplicación de pena: la prevención de la pena en la ley; de la aplicación judicial; y de la ejecución de la condena.

En todo ese nuevo escenario del derecho penal y la Constitución se plantea la función de las medidas de seguridad para prevención de delitos frente a delincuentes peligrosos. De hecho, el Código penal es un sistema integrador del plano terapéutico, educativo y asegurativo. Nuestro sistema trata de integrar la función del derecho penal dentro del marco constitucional, hay, un planteamiento de limitar la potestad punitiva del Estado con la protección eficaz.

Por todo ello la doctrina pretende presentar, en este contexto, los límites constitucionales del derecho penal y ahí encontramos el principio de legalidad como límite formal del Estado de derecho y del origen y sentido político; pero, además hay límites del ius puniendi en el Estado Democrático y Social de Derecho, que afectan al qué, al cuándo, al dónde y al cómo., donde se sigue con el principio de proporcionalidad como límite con la protección, idoneidad o necesidad, el principio de culpabilidad (personalidad, disponibilidad, culpa e imputación) el principio de humanidad y el principio de resocialización.

## 11.2.-Voluntad e imputabilidad

El individuo, dentro del planteamiento del derecho penal, es un elemento sustantivo, ya que la acción es producto, que se realiza en un contexto determinado. El derecho penal normativiza objetivamente. Ahora bien, los significados de la acción, las interacciones de las acciones, nos trasladan a las situaciones, donde se plantean múltiples y variados frentes, que afectan al individuo, a la sociedad y al Estado.

El individuo es objeto de análisis desde todas las ciencias, donde hay interacciones y afectaciones de la psicología, de la ética, de la economía, la medicina...y, por supuesto, del derecho.

En esta situación es objeto de atención para la doctrina del derecho penal como resalta Jakobs en su obra “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente” (aunque en lo que nos afecta en el tema que estamos tratando son importantes sus obras “Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación” editado por Marcial Pons en 1997; también la obra “La imputación objetiva en el derecho penal”, editado en Civitas en 1999; y la obra “Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional” editado por Civitas en 1996).

Una de las cuestiones que forman parte de las acciones de los individuos es la voluntad. Esa dimensión volitiva, el querer, ha tenido un cultivo continuado en el pensamiento occidental. El planteamiento volitivo venía conformado por el verbo volo/volere, que es querer (quiero) y desear (deseo) y se encaminó al acto de voluntad, en un caso determinado.

La voluntad ha sido entendido como facultad, como impulso, como apetito o aversión, como posibilidad, como potencia, como capacidad, como impresión, como razón práctica, como impulso, como fuerza, como acto o como consentimiento.

La volición, en su sentido más general, es la capacidad de realizar actos previstos, actos procedentes de su propia idea o representación. Desde una perspectiva más determinada o específica, la volición es la capacidad de realizar actos dirigidos y premeditados.

Al lado de la volición se ha desarrollado la voluntad, que puede ser entendida como capacidad de dirigir la conducta personal mediante la elección entre dos o mas posibilidades. Capacidad de equilibrar un estímulo o impulso con otro. La voluntad lleva consigo: volición, elección, razón, previsión y decisión.

La voluntad, la voluntariedad y acto voluntario se convierte en elemento central en la realización de los hechos

La volición queda reflejada en el pensamiento social a través de Spinoza que señala que “no hay en el Alma (...) ninguna facultad absoluta de querer o no querer, sino solamente voliciones singulares, es decir, tal o cual afirmación y tal o cual negación”<sup>144</sup>.

Para Leibniz “la volición es el esfuerzo o tendencia (conatus) a ir hacia lo que parece bueno y alejarse de lo que le parece malo”<sup>145</sup>.

Es en ese siglo XVII cuando la voluntad ha tenido un gran cultivo y, así, Descartes analizó la voluntad como facultad infinita por la que el hombre es a semejanza de Dios. Otra de las direcciones en el análisis se produce posteriormente, en XVIII con Kant al vincularla con la ética y queda vinculada al deber y a la ley moral y la define como razón práctica o como disposición moral a elegir el bien o a obrar conforme a la ley moral.

---

<sup>144</sup> Spinoza. *Ética*. Aguilar. Buenos Aires, 1982. 149

<sup>145</sup> Leibniz. *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*. Editora Nacional. Madrid. 1977.201

Desde el nivel expresivo perdió fuerza la referencia volitiva para reafirmar la voluntad, de voluntas, para significar voluntad, deseo y consentimiento. En sentido corriente o vulgar, la voluntad es intención, ánimo o resolución firme y constante de hacer una cosa.

El debate se acentúa en el siglo XVIII y XIX hasta que irrumpe en el marco de las ciencias sociales en concreto en la sociología y políticas y en la psicología, aparte de la economía que actúan como ámbito en la macro economía como bienes y recursos a producir, como en la microeconomía en el consumo y en el gusto del consumidor.

Descartes, desde el planteamiento racionalista, afirma que (la voluntad) “consiste sólo en que podemos hacer o no hacer una cosa (esto es: afirmar o negar, pretender algo o evitarlo) o, por mejor decir, consiste sólo en que, al afirmar o negar, y al pretender o evitar las cosas que el entendimiento nos propone, obramos de manera que nonos sentimos constreñidos por ninguna fuerza exterior”<sup>146</sup>.

En el planteamiento empirista ha sido Hobbes quien plantea la voluntad señalando que “en la ponderación el último apetito aversión que se adhiere de manera inmediata a la acción o a la omisión consiguiente es lo que llamamos voluntad, el acto ( no la facultad) de querer”<sup>147</sup>.

Locke señala que la voluntad es “la potencia (...) de la volición se denomina voluntad”<sup>148</sup>. Plantea la voluntad como capacidad que tiene nuestro espíritu para preferir.

Para Hume “por voluntad no entiendo otra cosa que la impresión interna, sentida y consciente, que surge cuando producimos a sabiendas un nuevo movimiento de nuestro cuerpo o una nueva percepción de nuestra mente”<sup>149</sup>.

Para Kant “la voluntad no es otra cosa que razón práctica” y que “la voluntad es pensada como una facultad de determinarse a sí mismo a obrar en conformidad con representación de ciertas leyes”<sup>150</sup>. El pensamiento kantiano nos sitúa en la disposición a obrar bien y se conecta con la ética, al imperativo categórico, obrar bien en sí, descartando la actualización, la actitud, etc., ya que hay una ley moral universal

Rousseau nos traslada al plano político y señala la voluntad del cuerpo social unido por un interés común, voluntad que se expresa directamente en una asamblea. Diferencia entre voluntad de todos y voluntad general, donde repasa el interés común y el interés privado<sup>151</sup>.

Otra dirección de la voluntad en el pensamiento lo ofrecen Schopenhauer calificándola de impulsociego e irresistible, que adquiere conciencia de su querer<sup>152</sup>. Este planteamiento aparece conformado por Nietzsche con la “voluntad de poder”, como fuerza creativa

---

<sup>146</sup> Descartes. *Meditaciones metafísicas*. Alfaguara. Madrid. 1877.48

<sup>147</sup> Hobbes. *Leviatán*. Ed. Nacional. Madrid 1983. 165

<sup>148</sup> Locke. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Ed. Nacional. Madrid. 1980. 165

<sup>149</sup> Hume. *Tratado de la naturaleza humana*. Tecnos. Madrid. 1988.185

<sup>150</sup> Kant. *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*. Ariel. Barcelona. 1996. 185

<sup>151</sup> Rousseau. *El contrato social*. Alfaguara. Madrid. 1979.427

<sup>152</sup> Schopenhauer, *El mundo como voluntad y representación*. Aguilar. Madrid. 1927. 305

Ese debate se plantea la voluntad como facultad o no. La psicología la sitúa la voluntad como facultad para decidirse o determinarse libremente, representándose previamente la meta u objetivo que se pretende alcanzar, según razones o motivos determinados. También fue concebida como forma reflexiva y plenamente consciente de la actividad.

Los análisis de la voluntad pasa por cuatro fases: 1) la concepción del objetivo; 2) la deliberación; 3) la decisión; 4) y la ejecución

La voluntad es básica en derecho penal, desde la perspectiva declarativa y desde la validez para determinar la capacidad. Ahí podemos señalar que la coincidencia entre la voluntad y la declaración puede verse afectada por la reserva mental, la manifestación <iocandi causa>, la simulación y el error obstativo (error de declaración). Los vicios de la voluntad son fundamentalmente el error, el dolo, la violencia y la intimidación.

En el derecho se sitúa al lado de la libertad y con el consentimiento y la responsabilidad. En el derecho penal se sitúa como elemento básico de la acción y se analiza en el estudio del delito en lo referente a la culpabilidad y en la pena con la resocialización.

### 11.3.-Orden y riesgos

El derecho penal, partiendo de su objeto y de su función realiza un rol determinado en la sociedad, para el Estado y para el individuo. La postmodernidad ha sido consecuencia y es efecto para reintroducir una adecuada respuesta a las situaciones que se suceden y que tienen una interacción integrada.

La postmodernidad no queda como una calificación de un tiempo. Hay, sin duda, una evolución de lo que es el orden social. No se trata de que se apliquen modalidades para lo <estático> y para lo <dinámico>.

El orden conlleva un marco declarativo y un marco normativo. Hay una inclusión de múltiples y variados elementos que van a formar parte, que, además, interfieren porque hay una multiplicidad de factores en plena actividad.

¿Qué orden es el existente?¿Cómo es la concepción del mundo?. La respuesta en derecho es la ley. Pero, esta ley, hay que interpretarla. La sistematización de la ley es hoy una de las tareas que inciden en los elementos de las acciones de los individuos, y, en consecuencia, de la comisión de los delitos, donde, por cierto, al pasarlo a <persona> hay que introducir nuevas situaciones.

Ahí está la incorporación de las nuevas situaciones de las acciones delictivas. De hecho, en la doctrina se decía que las ideas no delinquen, pero en los delitos de terrorismo había que introducir una nueva regulación donde lo subjetivo y lo objetivo se unan y se puedan establecer delimitaciones.

Igualmente se afirmaba en la doctrina que el delito era comisión del individuo, de la persona física, pero, la realidad nos lleva a que grupos, colectivos, etc., se situaban al

margen de la ley y contra la misma, había personas jurídicas. Baste mirar a las mafias que trafican con personas humanas.

Es decir, nos encontramos con nuevas consideraciones y con respuestas que implica una dimensión del orden. La postmodernidad nos introduce en nuevas coordenadas de respuesta a un orden y valor asumido socialmente. De hecho, las respuestas han sido propuesta por las corrientes antes señaladas.

En nuestra postmodernidad, para situar el corte con la modernidad, no sitúa en nuevas coordenadas del orden, donde se abren nuevos riesgos y peligros, que afectan a la naturaleza, a las circunstancias, a los procesos y a los resultados.

Los horizontes de análisis del orden pasa por tres grandes encuadres:

Horizonte perceptivo

Horizonte cognitivo

Horizonte operativo

¿Cómo es posible que una comisión delictiva tenga esta normatividad y tal pena en un lugar y en otro lugar sea distinto?. Ello plantea el valor y la consideración y el significado del principio de legalidad y la democracia. Otra cosa es el enfoque, sea este el centrado en la utilidad, en la cultura o en el sistema, que ofrecen distintas respuestas.

En la actualidad hay momentos para determinar y decidir los nuevos conceptos del derecho penal, donde aparece la “comunicación” como referencia cualitativa que nos va a marcar el desarrollo. Hay una nueva contextualización. La sociedad de la información, la sociedad de la comunicación y la sociedad del conocimiento nos ofrece nuevas referencias.

Estamos en la sociedad de masas tan sabiamente descritas por D. Bel o por Riesman y que han tenido como antecedente a Le Bon o a la “rebelión de las masas” de Ortega y Gasset. Es decir, este modelo de sociedad es un marco propio, donde se integran las acciones de los individuos.

Esta contextualización, la sociedad tiene una relación causal y de efectos que inciden directamente en el derecho pena, de ahí, la respuesta que pude dar el derecho penal. Hay una relación entre el derecho y la sociedad<sup>153</sup>.

Hay toda una corriente de pensamiento que abarca a nuestro medio civilizatorio y, en ese sentido, la sociedad del riesgo y de los peligros aparece tratada en otras ciencias, como las sociales, ahí están los análisis de Ulrich Beck o de A. Giddens. Esta sociedad del riesgo se asienta en el anonimato, en el riesgo a que estamos sometidos, en los procesos y en los efectos de acciones adoptadas desde el poder.

La sociedad y el anonimato de sus gentes con flujos de información son factores que inciden en las conductas y en la vida social. Ese ámbito de lo anónimo y el contacto de anónimos son elementos a tener en cuenta desde el planteamiento normativo e institucional, ya que esa la sociedad posibilita cada vez más los contactos y las relaciones. Para Jakobs ese anonimato y esas relaciones comportan elementos con unas

---

<sup>153</sup> Jakobs, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Cuaderno 24. Externado de Colombia. Bogotá.2000, 7



problemáticas determinadas, que facilitan la comprensión de la distinción entre delitos de peligro y delitos de resultado.

Los delitos de peligro son aquellos que se consuman sin necesidad de lesión, con el simple peligro del bien jurídico. Los delitos de peligro suelen dividirse entre delitos de peligro concreto, que requieren un resultado concreto, como por ejemplo la conducción temeraria, y los delitos de peligro abstracto, donde basta la conducta abstracta, como puede ser conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas.

Esta sociedad de masas incorpora lo distinto y lo igual. Pero, aquí emergen nuevas formas de criminalidad que conlleva una evolución propia del derecho penal ante conductas que son peligrosas, piénsese en los delitos de salud pública, el ámbito alimentario, etc.

El derecho penal, ante tales acciones ha de responder, pero, aquí entra la valoración y ponderación del riesgo. A partir de ahí, se entra directamente en el análisis de las funciones manifiestas y latentes del derecho penal. La sociedad es consciente de los riesgos y se exige del derecho la imposición de penas preventivas, que sean suficientes para amparar a la sociedad y que ayuden a prevenir el riesgo y los peligros.

Hay, pues, una serie de interrogantes que la postmodernidad, como tiempo, afecta a la sociedad, al Estado, al mercado y al individuo, por lo que se demanda una actualización dentro de los principios inspiradores del derecho penal.

En esta nueva situación es necesario ajustar el bien jurídico protegido por el derecho penal, que no es otro que el reconocimiento del interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada. Este reconocimiento tiene como bien jurídico dos dimensiones; una objetiva, una ley, y otra subjetiva, que es la facultad jurídicamente reconocida al individuo para poder actuar.

Hay que diferenciar en ese marco de orden el bien jurídico y el objeto de la acción, donde se plasma el surgimiento y que se cumplen unas determinadas funciones el derecho penal, como son la función de garantía, ya que los bienes jurídicos operan como criterio sobre los cuales se definen o determinan unos delitos.

El sistema normativo jurídico presenta una estructura y tiene una aplicación a través de un marco organizativo e institucional, que se consolida a través de la aplicación de las sanciones o penas que determinan a los delitos.

Ese ordenamiento jurídico penal delimita y determina la titularidad del bien jurídico y es desde ahí como se hace operativo el derecho penal

Hay que señalar que la lesión de un bien jurídico es el fundamento del ilícito. Es de esta forma como se describe el derecho penal.

Dentro de este planteamiento dinámico del estudio de las funciones del derecho penal, hay que situar una cuestión central, que es plural y que sirve de referencia para situar las delimitaciones del derecho penal: la legitimación y función del derecho penal y de la pena en la sociedad democrática. Aquí hay que dimensionar respuestas específicas sobre:

La libertad  
La Acción  
La Tipicidad  
La garantía  
La pena  
La reinserción

Nuestra Constitución señala que se trata de un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

A ello hay que añadir que el artículo 25, 2 señala con relación a las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad que estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a penas de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo.

El derecho penal se ha rearmado en el reconocimiento del principio de legalidad, que reafirma las dos funciones básicas:

Función de protección  
Función de prevención

## 12.-ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO

En la actualidad vivimos unos referentes que afectan e inciden directamente en la identidad, realización y valoración del derecho penal. En ese sentido, las orientaciones hacia la democracia y los derechos humanos se convierten en ideas-base de la organización social y jurídica.

La democracia representativa y de participación formal nos adentran en la titularidad y ejercicio de los derechos, como señala Sartori<sup>154</sup>.

Este planteamiento se convierte en referencia que vincula más allá de lo que es la aplicación del derecho penal. Así se observa no ya el derecho, sino la aplicación del mismo, la justicia y donde se observa la necesidad de situar la Administración de la justicia a la altura de los tiempos y, en ello hay unas exigencias mínimas y generales.

Otro de los elementos a tener en cuenta son los derechos humanos y su afectación general dentro del sistema normativo y, de ahí el planteamiento de las garantías de los mismos<sup>155</sup>.

El derecho penal es un derecho nacional, aunque hay interacciones y relaciones de los distintos elementos que inciden en el ordenamiento y que forman parte activa y pasiva de dicho ordenamiento

Esta interacción, conexión, contacto, comunicación y relación entran en la actualidad en una nueva situación, ya que el Estado, el mercado, la sociedad y el individuo viven en unas nuevas coordenadas.

En la postmodernidad hay un modelo social que es descrito como una sociedad postindustrial, que delimita y enmarca un estadio nuevo de “civilización” en el conviven diferenciadas “culturas”. Aquí, con independencia de los enfoques antropológicos y políticos como el multiculturalismo, la interculturalidad, la visión consensual de Habermas o las visiones del disenso de Lyotard, etc. hay que hacer significativo el nuevo orden internacional, después de la visión dual del mundo para adentrarse en el Nuevo Orden Internacional.

En este marco hay que destacar que el derecho penal sigue dentro de la soberanía nacional, aunque hay inspiración y homologación con otros sistemas dentro del marco general marcado por la democracia y los derechos humanos, que se convierten en marcos sistémicos en la construcción del ordenamiento jurídico penal.

La doctrina y la teoría es fiel reflejo de ese planteamiento. Pese a los distintos sistemas y enfoques como el continental y el anglosajón; los que tengan su base en la teocráticas con una determinada estructura de poder; los que se basan en visiones armónicas y definidas. Todas ellas reafirman el peso del ordenamiento.

La doctrina y la teoría jurídico-penal han tratado de ajustarse a los nuevos tiempos, dando respuesta a las nuevas situaciones y demandas. De este modo se ha extendido un

---

<sup>154</sup> Sartori, G. *La democracia en 30 lecciones*. Taurus. Madrid. 2010. 15

<sup>155</sup> Truylol y Serra, A. *Los derechos humanos*. Tecnos. Madrid. 1982.11

canon doctrinal, que ha tenido distintos desarrollos en nuestro medio cultural, pero que refrendan los elementos básicos del delito y la pena.

El debate y la adecuación teórico-práctica ha sido permanente y de las escuelas causalistas y finalistas hay que dar entrada a las corrientes culturales, utilitarias y sistémicas, donde las influencias de Parsons y de Luhmann son una realidad en el horizonte epistemológico. Dentro de ésta última corriente alcanza significado el planteamiento funcionalista de Roxín. En nuestro ámbito ha sido significativo la reflexión de Jesús María Silva Sánchez, que revisa las categorías y las respuestas a las nuevas demandas del derecho penal en la introducción del libro de Bernd Schünemann<sup>156</sup> donde recuerda la aportación de Roxín. ( Se recuerda, igualmente las aportaciones en la doctrina española con traducciones de sus libros: “Política criminal y sistema de derecho penal”, traducido por Muñoz Conde, Barcelona, 1972; “Problemas básicos del derecho penal”, traducido por Luzón Peña, Madrid, 1976; “Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”, traducido por Bacigalupo, Buenos Aires, 1079; “Iniciación al derecho penal de hoy”, traducido por Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981; y “Culpabilidad y prevención del derecho penal”, traducido por Muñoz Conde, Madrid, 1981).

La doctrina repasa el razonamiento sistémico, donde se repasa el valor y necesidad de una construcción sistemática del derecho penal, el alcance, las fases –naturalismo, neokantismo, finalismo, perspectiva totalizadora y la teleología<sup>157</sup>- (Schünemann, 1991,31.

Se revisa el estudio del fin del derecho penal y las formas de imputación, donde el fin es la base de la imputación, diferenciando la imputación objetiva de la conducta y la imputación personal, determinando concretos niveles de imputación<sup>158</sup> (Schünemann-Rudolphi, 1999, 81:

- Imputación personal del comportamiento externo
- Imputación objetiva del comportamiento antinormativo
- Imputación objetiva de los resultados del hecho injusto
- Imputación individual del comportamiento antinormativo
- Necesidad de pena

Se repasa el alcance político-social de la teoría funcionalista de Roxin, donde se enumeran cuestionan los aspectos histórico-dogmáticos, sobre la función del tipo penal, la función del análisis de la antijuridicidad o la función del tercer nivel del delito<sup>159</sup> (Schünemann-Amelung, 1991, 94)

Esta corriente funcionalista revisa la imputación objetiva y personal a título de injusto y el estudio de la aberratio ictus, donde se analizan los elementos de la imputación, el

---

<sup>156</sup> Silva Sánchez, Jesús María en “Introducción” en Schünemann, Bernd .*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos. Madrid.1991

<sup>157</sup> Schünemann, Bernd. “Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal” en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos, Madrid. 1991.31

<sup>158</sup> Rudolphi, Hans-Joachim, “El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal” en Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid, 1991.81

<sup>159</sup> Amelung, Knut. “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación politico-criminal de Roxin”, en Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1991.94

injusto de la acción (injusto de la conducta y de la peligrosidad e injusto del resultado: norma de conducta y norma de valoración), el valor de la acción y el valor del resultado de salvación en las causas de justificación, imputación personal e individual del riesgo e imputación objetiva del resultado en las desviaciones causales, imputación personal e individual del riesgo en los supuestos de <incremento del riesgo> y <fin de protección de la norma><esfera de riesgo de lo punible> y tipificación del injusto, la imputación en las condiciones objetivas de punibilidad, <personalización> de la imputación objetiva y objetivización de la imputación personal, imputación estrictamente objetiva a título injusto, , imputación objetiva del riesgo e imputación del resultado en la aberratio ictus, y la imputación objetiva en la tentativa inidónea y en la determinación alternativa<sup>160</sup> (Schüemann- Wolter, 1991, 108)

Así mismo se estudian la imputación individual, responsabilidad y culpabilidad: la prevención de integración como fundamento de la imputación individual y la responsabilidad<sup>161</sup> (Schünemann- Achenbach, 1991, 134)

También se analiza la función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo, donde se repasa y se delimita la culpabilidad como función a favor del autor, la sustitución de la categoría de la culpabilidad por la prevención general y la función de la culpabilidad en la medición de la pena<sup>162</sup> (Schünemann, 1991, 147).

Hay, igualmente, análisis de la reincidencia y medición de la pena, la función dogmática de la misma con la <fórmula de la advertencia> y el programa formal<sup>163</sup> (Schünemann- Haffke, 1991, 179)

La corriente utilitaria refuerza las visiones clásicas sobre el derecho penal, sobre los elementos del delito y de la pena.

La corriente cultural ha tenido un nuevo impulso dentro del multiculturalismo y extendió la idea de niveles de acuerdo a conquistas de la civilización.

Los ordenamientos muestran un mundo organizado, donde todas las sociedades confirman la realidad de la sanción y del valor de la misma –no sólo simbólica- sino sistémica y utilitaria.

El problema es si se camina a un sistema único o múltiple, La respuesta es simple: el ordenamiento es nacional, aunque las fuentes y coordenadas se homologan en los derechos humanos y en el sistema democrático, aunque no todos los Estados cumplen con ese marco referencial.

---

<sup>160</sup> Wolter, J. “Imputación objetiva a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus” en Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1994.108

<sup>161</sup> Achenbach, Hans en “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad” en Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid.1994. 134

<sup>162</sup> Schünemann, Bernd. “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo” en Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1994. 147.

<sup>163</sup> Haffke, Bernhard. “Reincidencia y medición de la pena” en Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1994. 179

Las relaciones internacionales implican condiciones para las relaciones sociales. Hay una gran amplitud, pero hay, igualmente, canalizaciones especiales, derechos reconocidos, donde personas y grupos tienen intereses, inversiones y relaciones de todo tipo, sean informales o formales, que se manifiestan en contactos, en conexiones y en relaciones, que implican reconocimiento de efectos.

Desde la perspectiva del derecho, en la actualidad, la dimensión internacional va adquiriendo una importancia cada vez mayor importancia y significado, a medida que las soberanías nacionales se combinan en más amplios sistemas de control social, ante el progreso de la comunicación, el comercio, los viajes, las misiones, la educación... o la misma guerra.

Afirmando que el orden jurisdiccional penal tiene una estructura y funciones estatales, hay que señalar la irrupción de la aprobación del Tribunal y de la Corte penal internacional.

El orden jurisdiccional penal indica que los tribunales del orden penal conocen de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o a bordo de buques o aeronaves española, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte; de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque haya sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurriesen los requisitos previstos en la Ley, y de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse como delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente, de rebelión y sedición y demás señaladas en la ley, según el artículo 23 de LOPJ.

## 12.1.-El internacionalismo jurídico

Con independencia de los rasgos descriptivos que vamos a ir desgranado en autores, lo que se evidencia es que el Estado y la conflictividad del siglo XXI<sup>164</sup> es plural y presenta distintos ámbitos. De ahí que en se repasan las crisis, las burocracias, las elites, las estructuras, la crisis del capitalismo, la crisis del Estado del Bienestar... y sus incidencias en la consideración del ordenamiento jurídico, y la conflictividad político social y su aplicabilidad en la realidad político social. En ese marco es cuando se desarrollan en nuevas direcciones y sentidos las teorías del conflicto (pacifismo, feminismo y ecologismo), que abren nuevos derroteros de referencia y de aplicación en la fundamentaciones de las acciones. El tema tiene trascendencia al establecer marcos de legitimación, que se concreta en principios y se reclaman como derechos, que son reclamados como tales.

---

<sup>164</sup> Fernández Bujan, Ramón. *El Estado y la conflictividad político social del siglo XXI*. Virus. Barcelona. 2010.14

Hay un nuevo modo de entender la participación y la representación democrática, donde ciertos actores sociales como los partidos, se unen los movimientos sociales. Pero hay algo que no aparece delimitado y que tiene un peso difuso muy complejo: el desarrollo de la opinión pública, que crea una atmósfera genérica de ideas, de creencias y de sentimientos.

De esta manera se entienden las nuevas coordenadas de la sociedad masa, donde hay autopistas de información y redes, que sirven para conectar y estar en la onda . En ese marco aparece los horizontes de la violencia política, las torturas y abusos de poder<sup>165</sup> y las acciones del poder. En ese contexto se apela a la ONU, en concreto al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1977) donde habla y se resalta el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, la crueldad y degradación; a la convención contra la tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes de 1984, donde se define la tortura como “Todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores y sufrimientos graves físicos o mentales”. Apuntándose como características de este delitos: a) delito pluriofensivo; b) delito especial; c) delito de resultado; d) delito doloso; e) delito de tendencia. Se repasa así mismo, la comisión y la omisión, la tentativa, la complicidad, la participación, la obediencia debida y las circunstancias modificativas de los responsables. Hay, igualmente unas obligaciones impuestas a los Estados: prohibición de expulsión; obligación de tipificar la tortura y la obligación de instituir la jurisdicción (En España, la Constitución establece la prohibición de la tortura en el artículo 5)

Hay un protocolo facultativo a la convención de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 2002. La convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales es de 1950

En este contexto se abre un nuevo frente al derecho penal, que dentro del marco normativo ha de responder.

El derecho penal ha ajustado su rol dentro del ordenamiento jurídico tratando de dar respuestas a las nuevas demandas que se van sucediendo. Hay lo que para algún jurista es “la expansión del derecho penal”, lo cual es lógico dentro del marco del ius poenale y del ius puniendi.

Jesús María Sánchez Silva ha publicado “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, donde analiza, precisamente, el fenómeno de la expansión, pariendo del nuevo escenario o escenario actual del derecho penal, donde el legislador introduce nuevos tipos penales o bien agravando, ampliando o restringiendo los tipos penales existentes, la realidad de los riesgos, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios criminales<sup>166</sup> .

El estudio hace hincapié en el nuevo escenario en el que desarrolla el ius poenale y el ius puniendi, donde hay una serie de factores que inciden directa e indirectamente en el desarrollo del poder, de la sociedad y de los individuos. De hecho, se repasan las calificaciones y valoraciones del nuevo orden social nacional e internacional. De esta manera, se sitúa el estudio del derecho penal de acuerdo con las coordenadas de nuestro

---

<sup>165</sup> Bergali, Roberto y Rivera, Iñaki. *Torturas y abuso de poder*. Anthropos. Barcelona. 2008. 5

<sup>166</sup> Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas. Madrid. 1999.

tiempo, donde existen descripciones (ya tópicas) como son la sociedad del riesgo, la irrupción y la generalización de las nuevas tecnologías, la realidad de la complejidad, la crisis del modelo del Estado del bienestar, la integración supranacional, el choque de civilizaciones y reorganización del orden mundial, el desarrollo sostenible, a delincuencia organizada. Destaca sobre manera la referencia a los cambios de perspectiva: la administración del derecho penal.

En esta misma obra destaca algunas causas de la expansión del derecho penal, que estructura en ocho factores causantes:

- La efectiva aparición de nuevos riesgos
- La sensación social de inseguridad
- La configuración de una sociedad de “sujetos pasivos”
- La identificación de la mayoría social con la víctima del delito
- El descrédito de otras instancias de protección
- Los gestores atípicos de la moral
- La actitud de la izquierda política: la política criminal social demócrata en Europa
- Un factor colateral: el desprecio por las formas

Por otra parte, en un segundo bloque analiza unos fenómenos que inciden directamente, tales como: 1) la globalización y la integración supranacionales 2) y la política criminal frente a la delincuencia de la globalización.

En este análisis se acude a los principios político criminales concertados (Sánchez Silva, 1999, 63) y, de paso, analiza las limitaciones,, que se complementan en la tercera parte, que tiene como epígrafe “Excurso sobre la limitada influencia en este punto de ciertas construcciones teóricas”, donde señala al derecho penal un lugar específico, donde realiza tareas más bien utilitarias y funcionales.

En el bloque cuarto se resalta el cambio de perspectiva en el nuevo derecho penal de la globalización, donde, repasando “la administración del derecho penal, la dialéctica del viejo derecho penal (liberal) con el derecho penal moderno, el derecho penal de dos velocidades, o los delitos de acumulación. .

Especial significación que se siente ampliamente tratada en la doctrina se refiere a la administrativización del derecho penal, al peso específico del poder y de su ejercicio u operatividad en la sociedad, que emplea otros referentes y otras referencias, rompiendo determinadas formas del derecho penal. Al plantear las sanciones se observan las otras vías, donde aparecen formas de imputación y de intervención y otras clases de sanción.

## 12.2.-Organización jurídica y vinculación internacional

Para adentrar una visión adecuada es observar el derecho penal como un ordenamiento jurídico. Tiene una naturaleza propia, pero su afectación e incidencia abarca en su aplicación, en su idealidad, en su operatividad y en su normatividad al individuo, al Estado, al mercado y la sociedad.



Hay una integración completa de lo que es la “civilización” y de la “cultura”, pero, además, sobre todo hay la incorporación de la sustentación científica y la aplicación del método. Todo ello conlleva apreciar la comunicación, la información y el conocimiento como elementos básicos para poder asentar sus propias delimitaciones.

Desde la Ilustración y nacimiento de la modernidad, el derecho aparece como un producto de la sociedad. Hay formas de sociedad y formas de derecho. A raíz de ahí aparece la racionalidad.

Dentro del marco interpretativo hay unas corrientes de pensamiento jurídico, que marcan unas delimitaciones específicas. Así nos encontramos: a) el enfoque formalista; b) el enfoque del poder; c) el enfoque de la cultura política; d) el enfoque sistémico; e) y el enfoque racionalista

El enfoque formalista o formalismo presentan unas estructuras lógico-formales, donde se observa una dimensión descriptiva, que era ideográfica. Presenta esta corriente un modalidad llamémosla como geométrica y otra histórica. Su conclusión es el enfoque legal formal.

El enfoque del poder, que es una de las corrientes más destacadas en la actualidad, donde el peso lo lleva el Estado.

Hay múltiples usos de la palabra cultura y, entre otras está la cultura política, que nos ponen en contacto con los conceptos y con la personalidad. De esta forma se va construyendo unos formatos propios. Hay que destacar que cuando se sitúa uno en la corriente hay que denunciar las falacias y las condiciones.

Otra de las corrientes es el enfoque sistémico, que se nos presenta como realidad política, donde hay hechos causales y, además nos encontramos con hechos causales, donde hay un todo organizado

Otra de las corrientes que tratan de comprender y explicar es la corriente racionalista, donde aparece elección racional, es decir, la capacidad y el descubrimiento y a raíz de ahí nos encontramos con la utilidad o conjunto ordenado de preferencias

El derecho penal es un derecho nacional, pero hay una nueva situación de relación e interacción, por lo que hay la incorporación de lo supranacional y, además hay ámbitos de legitimación que se abren en nuestro tiempo debido sobre todo a las comunicaciones y a las nuevas dimensiones de los flujos nacionales e internacionales.

En este nuevo tiempo el Estado tiene unos cometidos, soberanía e implicación; el mercado conlleva nuevas formas de competición y transferencia; la sociedad está en plena expansión globalizando los comportamientos, lo que implica nuevos bienes jurídicos ampliando los espacios de los riesgos y peligros; el individuo, que es anónimo y con identidad.

El desarrollo del derecho penal se asienta en la ley, en las acciones, en la aplicación y en el ajuste compensatorio, ya que hay derechos, hay deberes, hay obligaciones y hay responsabilidades.

El derecho penal tiene una delimitación específica con dimensiones propias, con sentidos específicos, con direcciones exclusivas y con significados generales. El ordenamiento jurídico penal es la definición del orden social. De ahí el anclaje constitucional y el garantismo, que refleja el contenido del derecho ( el derecho público subjetivo, la ley como garantía, la resolución judicial y otras garantías). La base en el proceso democrático, en la participación-representación, el ámbito de la libertad y la titularidad de los derechos.

Los conflictos sociales tienen su configuración en un espacio comunicativo, que afectan a la extensión de ideas (no episteme, sino a la doxa, la opinión) a las creencias y a los sentimientos, que hacen cuestionar temas como la paz, la seguridad, la convivencia y el orden.

La realidad de los conflictos, las quiebras del orden democrático, la violación de los derechos humanos o las arbitrariedades del poder representan situaciones que quiebran los principios básicos para el desarrollo del derecho penal.

### 12.3.-Funciones del derecho penal en el ámbito global

El derecho penal se siente relacionado con tres elementos, la información, la comunicación y el conocimiento, que condicionan y extienden su visibilidad y operatividad. De ahí que se extienden formas y modos de proceder que buscan su homologación dentro de la opinión pública.

Aparte de la epistemología, de la lógica de proceder y aplicación, de las vías técnico-institucionales, hay que tener en cuenta la opinión y los estados de opinión, que sirven para crear presión social. En ese sentido podemos apreciar la “víctimo-dogmática en el derecho español”<sup>167</sup>.

El derecho penal, como conjunto de normas que protegen bienes jurídicos, buscan proteger la sociedad y los individuos. El derecho penal es objetivo y subjetivo. Presenta un contenido ordenado mandando y prohibiendo de una forma sistemática, donde señala la aplicación de penas y medidas de seguridad, toda vez que hay responsabilidad por las acciones realizadas.

Sin embargo, hay unas coordenadas que definen y determinan lo que es el derecho penal: éste funciona mediante normas; éstas tratan de acciones humanas o conductas; y hay conductas penadas.

Hay que diferenciar los fines de las funciones, las causas de los motivos, para establecer los elementos y factores del delito y de la pena. Pero, sobre todo, hay que diferenciar entre principios de condiciones, que es cuando y donde se nos plantean las cuestiones de la homologación de lo nacional con lo internacional. Aquí hay que introducir nuevas dimensiones para delimitar la teoría del delito y la pena

---

<sup>167</sup> Sánchez Silva, J.M<sup>a</sup>. “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?” en *Introducción al debate sobre la Victimología*, en Libro Homenaje al Prof. Beristain. San Sebastián. 1989.633

En estos contextos situamos las funciones del derecho penal como campos determinados de aplicación, ya que es un derecho ponderado y limitado en su proclamación pública. Desde ahí se anuncia un orden y un control. Hay, pues, funciones de orden y control, hay funciones de prevención toda vez que se anuncia que hay pena para determinadas lesiones del derecho. En ese marco se habla de prevención general y de prevención especial. El derecho penal tiene también funciones de protección de bienes jurídicos. Pero el derecho penal tiene, igualmente funciones de retribución por el mal causado o de reparación.

La contextualización de la ciencia del derecho penal ha tenido que relacionarse con el propio desarrollo de las otras ciencias: causalistas, funcionales, experimentales, normativas y aplicadas. Hay que evitar equívocos cualitativamente significativos cuando se plantea las ciencias funcionales y aplicadas, ya que hay funciones del derecho penal y, por otra parte, la aplicación es sólo una parte del derecho penal.

Señalaba Rocco, ya en 1913, que la misión fundamental de derecho penal consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad a fin de garantizar los caracteres principales e indispensables de la vida en comunidad

Cuando se habla de las funciones del derecho penal hay quien se queda en que coinciden con la función de sus medios, la pena y las medidas de seguridad, lo cual nos adentra en el planteamiento antes señalado de identificar fin y función y medios y mediación.

Las funciones han sido objeto de reflexión en la doctrina desde el inicio del derecho penal como ciencia normativa. De hecho, se quiso referenciar canónicamente unas funciones básicas, públicas, fundamentales y, en ese sentido se señala las preventivas, las de protección y, para ciertos sectores de la doctrina se reafirman en la reparación, y en la restitución, la retribución.

Con el paso del tiempo se han ido planteando la permanencia y el cambio de las funciones en el derecho penal. Sin embargo, hay una reafirmación en función de las condiciones de la democracia y los derechos. Aquí hay que introducir no sólo la contaminación ideológico-política, sino también la opinión pública.

Hay que apreciar el nuevo escenario de interacción permanente en el derecho penal y, en concreto con el derecho internacional y se habla de derecho internacional penal para situarnos en las sociedades en conflicto y se plantea el carácter retributivo, restaurativo e institucional<sup>168</sup>. Esta visión afecta directamente en las funciones del derecho penal.

Esta nueva situación reaviva el problema de los marcos teóricos y de los mecanismos, donde al lado de los enfoques epistemológicos situados en el funcionalismo, en el utilitarismo, en la cultura...o en el sistema, aparecen en ese escenario las visiones pragmatistas que se centran en condiciones, posponiendo los principios y presentado todo como derecho y así aparecen los dualismos: justicia/paz, derecho/política, globalización/soberanía y pasado/futuro. El marco epistemológico en este contexto se sitúa en la lógica de la convicción y la lógica de lo apropiado (lo razonable).

---

<sup>168</sup> Forcada Barona, I. *Derecho internacional y justicia transicional*. Civitas. Madrid. 2011. 23

Con independencia de la historia de la hipotética justicia internacional, hay que señalar los intentos a finales de la primera guerra mundial y el tratado de Versalles, a partir de ahí hubo diferentes intentos hasta la actualidad, que se pretende dar contestación a ese problema, presentado como demanda de la humanidad

En ese contexto, aparece en 1992, en los EEUU, la idea académica de la <justicia transicional>, donde hay una mezcla de cuestiones morales, de cuestiones jurídicas y cuestiones políticas, que representa la búsqueda de una respuesta que se trató desde la Sociedad Naciones y, posteriormente, en la ONU

De hecho, tal justicia internacional pretende cubrir tres ámbitos normativos y, como tal visualizar su propio espacio público y, como tal avalar su reconocimiento:

- Disposiciones internacionales que definan crímenes y castigos
- Reglas relativas a las competencias de los juzgadores
- Organización de tribunales internacionales

Desde la terminación de la segunda guerra mundial hay surgido posiciones que pretendían arreglar las disfunciones que se producen entre los Estados y se plantean otras visiones como los crímenes contra la humanidad y, en ese ámbito se desarrolla la <justicia penal internacional>, donde se repasa la justicia penal en el mundo de Estados<sup>169</sup>. En este sentido se estudia la contraposición entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado.

Se detiene en la abarcabilidad de ese encuadre de la justicia internacional para unos determinados crímenes, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, los crímenes contra la paz y el terrorismo internacional (Zappalà, 2010, 27).

Con independencia de los tribunales internacionales ad hoc y de la Corte penal internacional, hay que reseñar la relación entre la justicia nacional y los crímenes internacionales y, así, observar y aplicarlas los esfuerzos a obligaciones de los Estados y los crímenes internacionales, los criterios de competencia de los jueces nacionales, el principio de universalidad y la inmunidad, prescripción y amnistía (Zappalà, 2010, 123).

---

<sup>169</sup> Zappalà, Salvatore. *Qué es la justicia penal internacional*. Proteus. Barcelona.2010. 15

## CONCLUSIONES

Ante la pregunta sobre las funciones del derecho penal hay un horizonte complejo y difuso, ya que no es sólo algo abstracto, sino que hay algo concreto. Pero, además involucra la visión subjetiva y objetiva, y, también, la dimensión pública y privada. Hay planteamientos históricos y dogmáticos, hay comprensiones de pensamiento y de conocimiento y hay un encuadre específico desde la ciencia del derecho. Es decir, nos encontramos con un marco temático complejo y que requiere ser comprendido y atendido, ya que hay referencias y referentes múltiples.

De hecho involucra al Estado, a la sociedad y al individuo y, en consecuencia, no es posible adentrarse en las funciones referenciándolas a la organización, que también, sino que abre mucho más el horizonte y, como tal tiene que se presentan.

Desde la dimensión jurídica, las funciones del derecho penal son algo nuclear, representa un factor esencial en los referentes y en las referencias, en las identidades y en su funcionamiento. Es más las funciones son las bases sobre las que opera la realidad social, que se encuentra conformada reglamentariamente.

Es una realidad que se han sucedido distintos modos de proceder desde el Estado liberal de derecho. Es cierto que se ha superado o, al menos no es tan beligerante el posicionamiento iusnaturalista, aunque ha sido sustituido en la postmodernidad y en la postdemocracia – en el decir de algunos- por los “derechos humanos”<sup>170</sup>, que aparecen como derechos fundamentales. La actual fase histórica nos da un momento democrático basado en la participación-representación, con activismo igualitario y con agendas determinadas, donde hay una visión estética, basada en la imagen y en el actor

En el actual escenario observamos que las grandes teorías no coinciden con las teorías fuertes. Al funcionalismo, al estructural funcionalismo, a los enfoques del materialismo histórico y dialéctico, a los encuadres fenomenológicos y hermenéuticos, le sucedieron visiones analistas, teorías conflictivistas (pacifismo, feminismo, ecologismo), así como las visiones deconstructivas (Derrida), la arqueología del saber o la genealogía (Foucault), la teoría de la acción comunicativa de Habermas, la dimensión del conflicto en la modernidad de Lyotard... Es decir, al lado de los posicionamientos absolutos y esencialistas se han desarrollado un marco de relativismo y de accidentalidad, que sirve de marco en la opinión pública de lo que es y representa el derecho.

Por otra parte, hay todo una evolución del derecho en general y del derecho penal en particular, que hizo cuestionar, depurar y corregir posturas y conformaciones. De hecho tuvieron su repercusión en los fundamentos, en las doctrinas y en las teorías. Una de las cuestiones más sobresalientes ha sido eliminar el derecho como misterio, el derecho como orden armónico y trascendente, no por los efectos, sino en su propia evolución y en el cuestionamiento de la verdad. Aquí, al ver que la verdad es consensual, ya que es pactada por el legislador en la democracia abre nuevos frentes al planteamiento jurídico y a su fijeza. Sin embargo, ha que diferenciar el Derecho de la Política.

Ya señalaba Platón en “La República” que “al derecho no le interesa nada que haya en la ciudad una clase que goce de particular felicidad, sino que se esfuerza porque ello se

---

<sup>170</sup> Ángel Sánchez de la Torre. *Sociología de los derechos humanos*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1979

suceda a la ciudad entera, y por eso introduce armonía entre los ciudadanos por medio de la persuasión o de la fuerza, hace que unos hagan a otros partícipes de los beneficios con que cada cual pueda ser útil a la comunidad y ella misma forma en la ciudad hombres de esa clase, pero no para dejarles que cada uno se vuelva hacia donde quiera, sino que para usar ella misma de ellos con miras a la unificación del Estado”.

El derecho penal, nacido en la modernidad, ha tenido un desarrollo territorial y personal de forma determinada, así, desde una perspectiva comparada podemos observar el desarrollo en España y en Alemania, sus respectivos marcos doctrinales, de fundamentación y teóricos. Basta observar el planteamiento en Alemania donde observamos el derecho prerrevolucionario, la recepción del derecho francés y el peso de la revolución y la restauración, el Acta general, el planteamiento de Savigny, el planteamiento del ciudadano y el derecho, el nuevo marco de la sociedad industrial y el problema valorativo o el tema de la seguridad social –después hubo una evolución propia, que nos lleva a la otra Alemania-<sup>171</sup>. En España hubo su propia evolución como ya hemos indicado.

En la evolución del derecho penal hubo cuestionamientos e incidencias que afectan a la identidad del derecho, a su abarcabilidad y extensión. Tanto desde la perspectiva interna de su cultivo, como pudo ser el cuestionamiento de su campo o delimitación de su objeto, como por la afectación del mismo. Estos cuestionamientos no son de alcance sólo nacional, sino, también internacional. Basta mirar la disputa con la criminología, con penología o con la política criminal.

Así mismo, en el desarrollo conviene traer a colación que, aparte de la búsqueda de anclaje en autores como Bentham, como Hegel o como Durkheim, lo cierto es que se abrió el encuadre y aparece la Tópica, que se ha desarrollado en tres grandes frentes: la tópica conceptual; la tópica de intereses; y la tópica problemática.

A ello se sumamos las tres grandes corrientes que trataron de conjugar y comprender el planteamiento y el desarrollo del derecho penal: las corrientes: 1) Utilitaristas, 2) Corrientes sistémicas. 3) Corrientes Culturalistas. Hay quienes trataron de hacer una conjunción sincrética de las tres ( que no sintéticas).

Hay que destacar que hubo y hay tendencias que enmarcan sus aplicaciones en esas determinadas corrientes como el caso de las corrientes culturalistas y su papel simbólico. De ese modo las funciones quedan restringidas al marco simbólico, que es discutido y cuestionable y que afecta directamente a los marcos propios del derecho en la sociedad.

Otros se reafirman en las corrientes utilitaristas como es el caso de los que delimitan y trasladan a una visión privatizadora del derecho penal, copiando del modelo anglosajón y nos presentan el papel negociador y de mediación del derecho penal, donde las sentencias de conformidad son sólo una de sus manifestaciones

---

<sup>171</sup> Hattenhauer, Hans. *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1981. 17

Otros se recrean en el planteamiento sistémico y a la conformación autopoietica del derecho penal. Parte del derecho como conjunto ordenado de normas jurídicas<sup>172</sup>. De hecho el derecho penal nos presentan los elementos que lo determinan, el crimen, el delito, que expresa una infracción a la ley, donde se observa un procedimiento y una jurisdicción penal y una pena, donde se analiza desde la acción, que está perfectamente definida en la ley.

Ante todo este planteamiento y siguiendo las hipótesis se observa un tratamiento de la acción, de la libertad y de la legitimidad. De esta manera, el derecho penal ha tratado de situarse como marco y determinación. Así, ante la primera hipótesis planteada en este análisis nos traslada a la legitimación subjetiva y objetiva, teniendo en cuenta el todo y la parte, la libertad, la acción y el resultado.

La segunda hipótesis es la relación como variable medible y evaluable. La acción individual es el centro de referencia en el análisis del delito. Ello nos lleva a analizar la personalidad y, en ello, nos adentra en los rasgos de la emancipación, capacidad, etc, que son condiciones de la libertad-responsabilidad, pero, también ejercicio de derechos, deberes y obligaciones.

La tercera hipótesis determina y configura el peso determinante de la sociedad y del Estado, que es quien delimita, define y marca la legalidad. Aquí es donde aparecen algunos de los obstáculos que hay que plantear: el imperio de la ley en España. En ese sentido, podemos analizar cómo ha sido planteado este asunto en España a través de la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra, en 1962, (donde se repasaba los fundamentos ideológicos e históricos del régimen franquista, el sistema de partido único, la organización nacionalsocialista y su referencia en el poder legislativo, las atribuciones del poder ejecutivo, el poder judicial y la abogacía, las libertades civiles y derechos políticos, la defensa del régimen, la represión de los delitos políticos<sup>173</sup>) El arrastre de “de ley a ley” y la incorporación consensual ha dejado algunas cuestiones abiertas, que no siempre responden a la objetividad. Hay que señalar que es el momento (1958) de la administrativización del Estado o el encaje del derecho administrativo-ejecutivo y, en ese sentido, aparece la Ley de Jurisdicción Contenciosa y la Ley de Procedimiento Administrativo y que tiene su continuidad en la aplicación de otras medidas y disposiciones del poder ejecutivo

La cuarta hipótesis nos lleva a la interdependencia de la acción, la imputación objetiva, y su valoración de los efectos y consecuencias. Es decir, hay un cultivo específico en la neutralidad y análisis de la acción.

La quinta hipótesis que hemos analizado hace referencia a las vinculaciones no sólo sociales, sino por su encuadre y encaje, jurídicas. Así se repasa la vinculación, las exigencias de la relación social, donde aparecen los derechos, los deberes, las obligaciones y las responsabilidades

---

<sup>172</sup> Conviene recordar que en la Universidad Complutense de Madrid los planteamientos han sido profundamente seguidos y apuntados por profesores como Ángel Sánchez de la Torre, Antonio García-Pablos de Molina y José Iturmendi Morales, que realiza un prólogo-presentación a obra de Michel van de Kerchove y François Ost *El sistema jurídico entre el orden y el desorden*. Servicio de publicaciones. Universidad Complutense. Madrid. 1988

<sup>173</sup> Comisión Internacional de Juristas. *El Imperio de la Ley en España*. Ginebra. 1962.5

La sexta hipótesis analiza la relación entre la culpabilidad y el derecho. No se trata de la culpabilidad y su enfoque psíquico como pudo plantear Freud, otros enfoques de la psicología o la ética, sino la consideración social y jurídica

La séptima hipótesis plantea la penalidad, donde hay un mandato específico de la Constitución al recordar la función resocializadora

La octava hipótesis se refiere al planteamiento y visión integral del derecho penal que incorpora elementos y factores que afectan e incorporan al individuo, al Estado, al mercado y a la sociedad

Teniendo en cuenta lo que antecede, desde la perspectiva aplicada, podemos observar cualquier memoria del Tribunal Supremo en la apertura del año judicial o las memorias del ministerio fiscal, donde podemos observar la actividad legislativa y su afectación en la administración de justicia. Pero aparecen igualmente los índices de delincuencia con la evaluación de la criminalidad en cifras o en tratamiento estadístico, donde aparecen los aspectos generales y particulares que inciden en la delincuencia y la peligrosidad social. Conectado con ello aparece la actividad de los tribunales de justicia en el orden penal (al lado de otras). Igualmente se refleja la actividad del ministerio fiscal. En ese ámbito hay que recordar las cuestiones de interés doctrinal y/o legislativo, las reformas legislativas y las circulares y consultas.

Teniendo todo ello en cuenta, podemos sintetizar como conclusiones las siguientes:

## UNO

El derecho penal ha tenido y tiene un encuadre y planteamiento desde el conocimiento científico. Se pasa de otras formas de saber al <saber científico>, lo cual implica a: objetos, sujetos, métodos, fuentes y lógica de presentación-ejecución.

El derecho penal tiene su desarrollo en la modernidad, pero hay que destacar que hubo una evolución entre la modernidad hasta la postmodernidad, desde el inicio con el Estado liberal burgués hasta el Estado del bienestar, desde sociedad democrática a la sociedad industrial avanzada, desde el mercado personalizado a la globalización, desde el individuo al desarrollo del individualismo, la individualidad y la individuación.

El derecho penal deja atrás usos y hábitos de otros tiempos, pero incorpora la modalidad científica frente a la modalidad filosófica. Hay un nuevo desarrollo del derecho penal al incorporar los métodos, la instrumentalización de las fuentes, pero, sobre todo, en el estudio y análisis del objeto, delito y pena.

## DOS

El derecho penal tiene una naturaleza propia e intransferible, al lado de otras áreas del conocimiento científico en el derecho y, en especial y, pese a la extensión de la invasión del derecho administrativo.



El derecho penal tiene su propia naturaleza dentro del derecho: ius-directum-lex. Pero de una forma especializada, aplicada y operativa. No se detiene en los ámbitos subjetivos ni en los objetivos, sino que afectan e incide en ambos.

Pese a la administrativización del Estado y a su invasión y extensión, el derecho penal conserva su propia significación al lado de otras ramas del derecho. En ese sentido, su peso es determinante para el funcionamiento de la convivencia, la realización del individuo y la propia dimensión social

### TRES

El derecho penal tiene su propia identidad

El derecho penal tiene su propia identidad frente a otras ramas del derecho, donde el normativismo, el imperativismo, el institucionalismo, el egologismo (normas como conceptos) y la necesidad social.

El derecho penal pertenece al derecho subjetivo y objetivo al mismo tiempo; al derecho público, pero, también al derecho privado. Pero, además opera con fuentes, con naturaleza, con origen, con soporte, con causa, con motivo, con proceso y con fines propios.

### CUATRO

Hay situar y delimitar las <funciones> del derecho penal, que han sido presentadas como <misiones>, <atribuciones> <aplicaciones>, <configuraciones> y <conformaciones>.

El derecho penal ocupa un lugar y presenta una forma determinada. Hay un encuadre estructural con elementos que lo componen, donde cada uno cumple su función. Es decir, tiene una forma de estar y de realización.

Hay, en el encuadre formal del derecho penal, unos papeles específicos de los distintos actores que componen los elementos del derecho penal del individuo, el Estado o la sociedad.

### CINCO

Hay unas diferenciaciones básicas de las <funciones del derecho penal> de otras consideraciones:

- Principios
- Condiciones
- Cualidades
- Medios
- Modos

## -Fines

Los principios de territorialidad, de personalidad, el ilícito penal, el delito y la pena son sólo aspectos que integran la libertad, la acción tipificada como delito, lo cual nos traslada a la antijuridicidad.

El planteamiento del derecho penal nos lleva reafirmar, desde el principio de legalidad, la libertad, la igualdad, el Estado de derecho, los derechos humanos y la aplicación de una administración de justicia de forma ajustada a la ley. En ese sentido se incorporan principios, condiciones, cualidades, medios, modos y fines.

## SEIS

El derecho penal adjetivo es aquel que determina y especifica qué, dónde, cómo, por qué y para qué se actúa: queda perfilado la estructura y la función del derecho dentro del ordenamiento jurídico

La idealidad, la normatividad y la aplicabilidad del derecho penal se pone en actividad. Hay todo el marco abstracto y se pasa al plano concreto. El ámbito sustantivo se encamina al caso concreto y determinado y, desde ahí se realizan las funciones básicas del derecho, su prevención y restitución por la acción realizada.

Desde el individuo se observan las interacciones de la relación con el medio, con el entorno, con los demás y con uno mismo. Ahí está la realización de la vida y las consecuencias jurídicas que conlleva la vida

## SIETE

La combinación de la legalidad-democracia-derechos/legitimación y su proyección en la paz/seguridad-garantías: Libertad/acción; Orden/ordenamiento; Derecho/Deber; Obligación/responsabilidad

El derecho (ius-directum-lex) ataca, afecta y vincula en todas sus direcciones y sentidos. Es decir, se abren causas y efectos de las acciones en todas las dimensiones, pero sometidos a normas. Hay un anclaje que relaciona acciones y resultados, procesos y situaciones, sistemas y modelos.

El planteamiento del principio de legalidad y el derecho francés abre nueva plataforma que revoluciona una visión de civilización.

## OCHO

El derecho penal sustantivo analiza el delito y la pena

El derecho alemán nos ha llevado a entender, comprender y explicar el derecho penal centrado en el delito, que presenta unos elementos a tener en cuenta: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la penalidad

Pese a ser cuestionada la culpabilidad y la penalidad, el derecho penal analiza la pena y su ejecución, el valor de la misma, la restitución, la resocialización y la reeducación como ámbitos a tener en cuenta.

## NUEVE

El derecho penal se asienta en la conjunción de diferentes variables cuantitativa y cualitativamente observables, medibles y predecibles.

El derecho penal tiene una naturaleza propia donde aparece el <ius>, el <directum> y la <lex>; pero, además, el individuo relacionado con los demás: sociedad, pero, también, las relaciones instrumentales e institucionales con la economía y con el poder, lo cual nos traslada a un orden normativo, a un control.

El derecho penal encuentra su justificación en el plano relacional, que es donde se evalúan las variables desde el análisis científico

## DIEZ

Las funciones del derecho penal pueden ser analizadas desde:

- 1.- El planteamiento histórico
- 2.- El planteamiento filosófico
- 3.- El planteamiento científico jurídico:
  - a.- El planteamiento técnico
  - b.- El planteamiento mecánico
  - c.- El planteamiento social

Para entender las funciones debemos partir de la forma, la morfología del derecho penal y, también, la estructura, donde se individualizan los elementos que componen el conjunto.

En ese sentido, la dimensión contextual, nos traslada a unas lógicas de aparición y de realización, donde hay variación de lugares, de tiempos y de actividades, donde aparece la diacronía histórica y las referencias epistemológicas y filosóficas, que dan paso al planteamiento jurídico, que ha sido observado desde tres modalidades: la visión técnica; la visión mecánica y la visión social.

## ONCE

Función total:

- Defensa social
- Defensa de la justicia
- Fundamentadora
- Protectora de la sociedad

A nivel total de la panorámica del derecho, se entiende que el derecho penal cumple unas funciones especiales dentro de las ciencias normativas, que, por otra parte,

refrendan la significación trascendente en las conductas de los individuos en la sociedad y que plasman unas representaciones sociales.

Basándose en la ley, el derecho penal, en la realidad y en la actualidad cumple una función total.

#### DOCE

Funciones estructurales:

- Unidad
- Organización
- Ordenación
- Normalidad
- Institucional
- Seguridad
- Defensa social
- Garantía
- Tutelar

A los efectos de referenciar las dimensiones del derecho penal en su conjunto y como marco total, su aplicación pasa por las funciones que afectan a los elementos que lo componen y desde ahí encuentra su legitimidad, su legitimación y su propia legalidad como principio y condición.

#### TRECE

Funciones de limitación del orden jurídico-social:

- Legalidad
- Irretroactividad
- Territorialidad
- Personalidad
- Generales y Particulares

El derecho penal tiene su propia circunscripción. Aquí aparece su especificidad frente a otras ramas del derecho. Pero, además, delimita su propia aplicación, siendo la limitación un rasgo de su entidad. Se visibiliza con el reconocimiento de todos y cada unos de estos principios que marcan su realidad

#### CATORCE

Funciones tradicionales del derecho penal (delito y pena):

- Prevención
- Protección
- Restitución (reparación-retribución)

Desde la perspectiva histórica éstas han sido las fundamentaciones referenciales de las funciones del derecho penal. Se justifica la normativa en función de bienes jurídicos

protegidos, por lo que, de forma general, el desarrollo del derecho penal trató de adecuar su aplicación acorde con una racionalidad que pretende ser objetiva y vinculante.

## QUINCE

### Funciones modernas

- Mandataria
- Prohibitiva
- Generalizadora
- Fundamentación y mediación
- Justificación

Aparte de las funciones básicas en el desarrollo y evolución del desarrollo se han ido acentuando fines, metas y objetivos propios que se conformaron como funciones, aunque en ello puede haber una diferenciación en el equilibrio de los actores en el derecho penal. Así, cuando observamos el código de 1944, que establecía un papel –rol y función- al derecho penal y así podemos recordar “las leyes penales para la protección del Estado y defensa del régimen”, donde aquel código hablaba de “delitos de traición” (artículos 123); “delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado” (artículos 129, 132), los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes como el referido a las asociaciones ilícitas (Art. 172), o los referidos a la sedición (art. 222), la propaganda ilegal (art. 251, 253)... Es decir, se le han atribuido al derecho funciones específicas.

## DIECISEIS

### Funciones postmodernas

- Instrumental
- Simbólica
- Promocional

En la postmodernidad, con el desarrollo de las corrientes de pensamiento: utilitaristas, sistémicas y culturalistas, se han conformado unas funciones que se le atribuyen o se le determinan como propias del derecho penal

## DIECISIETE

### La globalización y Justicia internacional

La globalización, la mundialización ha sido unas de las referencias más significativas en la sociedad de la comunicación, la sociedad de la información y la sociedad del conocimiento y, de hecho, la aparición de la conexión a red, las autopistas de la información y comunicación, al lado de la mercantilización nos adentran en nuevos contextos de deslocalización y desregularización.

Al lado de todo lo anterior, la paz, la seguridad internacional, los derechos humanos y el orden internacional nos llevan a unas nuevas coordenadas de actuación y de realización

## BIBLIOGRAFÍA

Abel Souto, Miguel, El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales. Serv. Publ. Univ. Santiago. 2002

Álvarez García, J., “Reflexiones sobre el principio de legalidad” en Consejo general del Poder Judicial, Nuevas posiciones de la dogmática jurídico-penal, Cuadernos de derecho judicial, vol. 7. Madrid, 2006

Armenteros León, M., Las faltas: derecho sustantivo y procesal. Comentarios y jurisprudencia. Tirant lo Blanch. Valencia 2007

Arroyo Zapatero, L./Berdugo-Gómez de la Torre, I./Ferré Olivé, J.C./García Rivas, N./Serrano Piedecabras, J.R./Terradillos Basoco, J.M. (dirs), Comentarios al Código penal. Justel. Madrid. 2007

Bacigalupo, Enrique. Delitos impropios de omisión. Pannedille. Buenos Aires. 1970

Bajo Fernandez, Miguel, Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. Civitas. Madrid. 1978

Barbero Santos, Marino, Política y derecho penal en España. Tucur. Madrid. 1977

Bercovitz y Rodríguez Cano, R., Derecho de la persona. Montecorvo. Madrid. 2002

Bergali, R. y Rivera, I., Torturas y abuso de poder. Anthropos. Barcelona. 2008

Blanco Lozano, C., Tratado de derecho penal español, tomo I. El sistema de la parte general, volumen I, Fundamentos del derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales. Bosch. Barcelona. 2004

Broekman, Jan M, Derecho y Antropología. Civitas. Madrid. 1993

Bueno Arús, F., La ciencia del derecho penal. Un modelo de inseguridad jurídica, Thompson/Civitas, Navarra, 2005

Cabrillac, Michel y Mouly, Christian. Droit de la banque et du crédit. Masson. París. 1982

Calderon Cerezo/Choclan Montalvo, Derecho penal, tomo II, 2ª ed. Barcelona, 2001  
Carnelutti, F y Modereo Pérez, José Luis. Teoría general del derecho. Comares. Granada. 2003

Carbonel Mateu, J.C., Derecho penal y principios constitucionales, 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996

Castellano Rausell, P. (dir), Las últimas reformas penales. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005

Chocan Montalvo, J.A. en Calderón Cerezo, A./Choclan Montalvo, J.A., Manual de derecho penal, I, Parte general adaptado al programa de las pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal. Deusto jurídico. Barcelona. 2005

Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M., Instituciones de derecho penal español. Parte general. Centro de estudios superiores de especialidades jurídicas. Madrid, 2004

Cobo del Rosal y Vives Antón. Derecho penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 1988. 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999

Codon, J. Mª y López Saiz, I. Psiquiatría jurídica penal y civil. Aldecoa. Burgos. 1951  
Comisión Internacional de Juristas. El Imperio de la Ley en España. Ginebra. 1962

Comte, A. Lecciones de filosofía positiva. Alianza. Madrid. 1982

Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir), Código penal comentado, tomo I, con concordancias y jurisprudencia. Bosch. Barcelona, 2004

Córdoba Roda, Juan. La doctrina finalista. B de F. Montevideo. 2014

Cuello Contreras, J., El derecho penal español. Nociones introductorias. Teorías del delito, Civitas, Madrid, 1996

Dabin, J. El derecho subjetivo. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1955

De Rivacoba y Rivacoba, M. División y fuentes del derecho positivo. Valparaíso. 1968

Del Rosal, J; Cobo, M; y R.Mourullo, G. Derecho penal español. Madrid. 1962

Descartes. Meditaciones metafísicas. Alfaguara. Madrid. 1977

Díez Ripollés, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Trotta. Madrid. 2013

Durkheim, E El suicidio. Akal. Madrid. 1977

Easton, David. Esquema para el análisis político. Amorrortu. Buenos Aires. 2006

Finch, John. Introducción a la teoría del derecho. Labor. Barcelona. 1977

Forcada Barona, Ignacio. Derecho internacional y justicia transicional. Civitas. Madrid. 2011

Galvao de Sousa, J.R. La historicidad del derecho y la elaboración legislativa. Escelier. Madrid. 1972

García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996

García-Pablos de Molina, A., Tratado de criminología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008



García-Pablos de Molina, Antonio. Introducción al derecho penal. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2005

García-Pablos de Molina, A., Introducción al derecho penal. Fundamentos y tendencias del derecho penal, volumen I, 5ª ed. Ed. Universitarias, Ramón Areces. Madrid, 2002

García Valdés, Carlos. Temas de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. 1992

Gimbernat Ordeig, Enrique. Concepto y método de la ciencia del derecho penal. Tecnos. Madrid. 1999

Guasp Delgado, J., El individuo y la persona, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950

Guasp, J. Derecho. Madrid. 1971

Guastini, Ricardo. Estudio de Teoría constitucional. Doctrina jurídica constitucional. México. 2001

Habermas, Jürgen. Escritos sobre moralidad y ética. Paidós. Barcelona. 1991

Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Trotta. Madrid. 1998

Haeflner, Gerd. Antropología filosófica. Herder. Barcelona. 1986

Hassamer-Muñoz Conde, Introducción a la criminología y al derecho penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

Hassamer, W y Larrauri, E. Justificación material y justificación procedimental en derecho penal. Tecnos. Madrid. 1997

Hattenhauer; Hans. Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán. Edersa. Madrid. 1981

Hegel. Propedéutica filosófica. Equinoco. Caracas. 1980

Hegel. Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Introducción. Alianza. Madrid. 1997

Heinz Zipf Introducción a la política criminal. Rev. Derecho Privado. Jaén. 1979

Hospers, John. La conducta humana. Tecnos. Madrid. 1964

Hudson, W.D. La filosofía moral contemporánea. Alianza. Madrid. 1970

Hume. Tratado de la naturaleza humana. Tecnos. Madrid. 1988

Jakobs, Günther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Cuaderno 24. Externado de Colombia. Bogotá. 2000

Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Bosch. Barcelona. 1981

- Jescheck, H.H., Tratado de derecho penal, 4ª ed., Comares, Granada, 1993
- Jiménez de Asúa. Tratado de derecho penal. Losada. Buenos Aires. 1964
- Kant, I. Antropología filosófica) Alianza. Madrid. 1978
- Kant, I. Critica de la razón pura. Alfaguara. Madrid. 1989
- Kant. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Ariel. Barcelona. 1996
- Kelsen, H. Teoría pura del derecho. UNAM. México. 1981
- Kelsen, H. El Estado como integración. Tecnos. Madrid. 2009
- Kerchove, Michel van y François Ost. El sistema jurídico entre orden y desorden. Serv. Publicaciones Facultad de Derecho UCM. Madrid. 1988
- Landero Velasco, C.Mª./ Molina Blázquez, C., Derecho penal español, Tecnos, Madrid, 2010
- Landrove Díaz, Gerardo. Introducción al derecho penal español. Tecnos. Madrid. 1985
- Landrove Díaz, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito. Tecnos. Madrid. 1985
- Landrove Díaz, Gerardo. El nuevo Derecho Penal español. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009
- Latorre, A. Introducción al derecho. Ariel. Barcelona. 1968
- Leibniz. Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano. Ed. Nacional. Madrid. 1977
- Locke. Ensayo sobre el entendimiento humano. Ed. Nacional. Madrid. 1980
- López de Oñate. La certeza del derecho. Buenos Aires. 1953
- Luhmann, Niklas. Teoría política en el Estado del Bienestar. Alianza. Madrid. 1993
- Madrid Conesa, Fulgencio. La legalidad del delito. Univ Valencia. 1983
- Mannheim, Karl. Libertad y planificación. FCE. México. 1946
- Mapelli Caffarena, B., Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2005
- Martínez-Bujan Pérez, Carlos. Derecho penal económico. Justel. Madrid. 2012
- Marín Pérez, Pascual. Introducción a la ciencia del derecho. Tecnos. Madrid. 1979
- Mir Puig, S. Introducción a las bases del derecho penal. Bosch. Barcelona. 1976

Mir Puig, S. Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y métodos, Bosch, Barcelona, 1982

Mir Puig, S. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Ariel, Barcelona, 1994

Mir Puig, S. Derecho penal. Parte general. PPC. Barcelona. 1984. Derecho penal. Parte general. 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004

Mir Puig, Santiago. Bases constitucionales del derecho penal. Justel. Madrid. 2011

Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M (dirs.) Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995, Reus/Bde F, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, 2006

Muñoz Clares, José. Determinaciones preliminares del derecho penal. Tecnos. Madrid. 2013

Muñoz Conde, F/García Arán, M., Derecho penal. Parte general, 6ª ed., revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004

Muñoz Conde, F. Derecho penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004

Muñoz Conde, F. Teoría general del delito. Temis. Bogotá. 1984

Nawiasky, Hans. Teoría general del derecho. Rialp. Madrid. 1962

Oneca, Antón. Derecho penal. Parte general. Madrid. 1949

Orts Berenguer, E/González Cussac, J.L., Compendio de derecho penal. Parte general y especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

Polaino Navarrete, M., La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica, Tecnos, Madrid, 2004

Polaino Navarrete, M. Lecciones de derecho penal. Parte general. Tecnos. Madrid. 2013

Prieto Sanchis, Luis. Garantismo y derecho penal. Justel. Madrid. 2011

Quintano Ripollés, A. Curso de derecho penal I, Ed. Rev. Derecho Privado. Madrid. 1963

Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; y Prat Canut, M. Curso de derecho penal. Parte general. Aranzadi. Madrid. 2002

Quintero Olivares, Gonzalo. El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal. Justel, Madrid. 2012

Raphael, Lutz. Ley y orden. Siglo XXI. Madrid. 2008

- Portillas Contreras, Guillermo. El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos). Justel. Madrid. 2012
- Roca Agapito, L., El sistema de sanciones en el derecho penal español, Bosch editor, Barcelona, 2007
- Rodríguez Devesa, José María. Derecho penal español. Parte General. Madrid. 1973
- Rodríguez Devesa, J.M<sup>a</sup>/Serrano Gómez, A., Derecho penal especial., Dykinson, Madrid, 1995
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Derecho penal. Parte general. Civitas. Madrid. 1977
- Rodríguez Paniagua, José María. Derecho y ética. Tecnos. Madrid. 1977
- Roxin, C. Política criminal y sistema de derecho penal. Bosch. Barcelona. 1973
- Ruíz Giménez, Joaquín, Derecho y vida humana, Editora Nacional, Madrid, 1962
- Sainz Cantero, José A. La ciencia del derecho penal y su evolución. Bosch. Barcelona. 1970
- Saínz Cantero, José A. Lecciones de derecho penal. Parte general. Bosch. Barcelona. 1982
- Sainz Moreno, Javier. Esquemas de las ciencias del derecho positivo. Tats. Madrid. 1977
- Sánchez Agesta, Luis. Sistema político de la Constitución española de 1978. Ed. Revista de derecho Privado. Madrid. 1993
- Sánchez de la Torre, Ángel. Introducción al derecho. UCM. Madrid. 1991
- Sánchez de la Torre, Ángel. Sociología de los derechos humanos. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1979
- Sánchez-Ostiz, Pablo. La libertad del derecho penal. Atelier. Barcelona. 2014
- Santa Cecilia García, F., Delitos de daños. Evolución y dogmática (art. 263 del Código penal) Serv. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, 2003
- Santa Cecilia García, F., Crisis del principio de legalidad en materia penal en Sánchez de la Torre, A./ Hoyo Sierra, I.A.(edi), Fundamentos de conocimiento jurídico. Principios del derecho, Dykinson, Madrid, 2014
- Santi Romanos. El Estado moderno y su crisis. Revista de derecho constitucional europeo. Número 15. Instituto Andaluz de Administración Pública. 2011
- Sartori, Giovanni. La democracia en 30 lecciones. Taurus. Madrid. 2010

- Sartre. El ser y la nada. Losada. Buenos Aires. 1983
- Sauca, J. M<sup>a</sup>. Identidad y derecho. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010
- Schopenhauer. El mundo como voluntad y representación. Aguilar. Madrid. 1927
- Schünemann, Bernd. El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales. Tecnos. Madrid. 1991
- Serrano Gómez, A. Dogmática jurídico-política criminal-criminología como alternativa de futuro. Anuario de Derecho Penal. Madrid
- Serrano Gómez, Alfonso. Introducción a la ciencia del derecho penal. UNED. Madrid. 1981
- Serrano Gómez, A., Derecho penal. Parte especial, 13<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008
- Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas. Madrid. 1999
- Silva Sánchez, J.M<sup>a</sup>., “Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo” en Revista penal, La Ley, n<sup>o</sup>13, Enero 2004
- Spinoza. Ética. Aguilar. Buenos Aires. 1982
- Stuart Sutherland. Irracionalidad: el enemigo interior. Alianza. Madrid. 1996
- Torres del Moral, Antonio. Principios de Derecho Constitucional. Átomo. Madrid. 1985
- Truyol y Serra, Antonio. Los derechos humanos. Tecnos. Madrid. 1982
- Veron, Michel. Droit pénal special. Masson. París. 1976
- Vouin, Robert. Droit pénal special, Dalloz. París. 1970
- Walter Wilhem. La metodología jurídica en el siglo XIX. Ed. De derecho privado. Madrid. 1980
- Weber, Max. Economía y sociedad. FCE. México. 1986
- Zappalà, Salvatore. Qué es la justicia penal internacional. Proteus. Barcelona. 2010
- Zugalgía Espinnar, J.M. (dir) Derecho penal. Parte general, 2<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch

## ÍNDICE DE MATERIAS

Acción  
Ancien regimen  
Antijuridicidad  
Causalismo  
Ciencia  
Concepción clásica  
Concepción neoclásica  
Condición  
Conducta  
Conocer  
Constitución  
Corriente causalista  
Corriente finalista  
Criminología  
Culpabilidad  
Deber  
Delito  
Derecho  
Derecho objetivo  
Derecho subjetivo  
Derecho de autor  
Derecho Penal  
Derecho de resultado  
Dogmática jurídico-penal  
Error en derecho penal  
Estado  
Fuentes del derecho  
Finalismo  
Funciones  
Funciones del Derecho Penal  
Fundamentación  
Garantía  
Garantismo  
Generalización  
Hecho social  
Individuo  
Instrumental  
Legalidad  
Legitimidad  
Legitimación  
Libertad  
Limitación  
Mandatario  
Mandato  
Mediación  
Mercado  
Metodología jurídica

Natural  
Naturaleza  
Obligación  
Orden  
Ordenación  
Orden Social  
Pena  
Penología  
Política criminal  
Positivo  
Positivismo jurídico  
Prevención  
Principio  
Prohibición  
Promoción  
Protección  
Punibilidad  
Realización (de la justicia)  
Reparación  
Responsabilidad  
Restitución  
Retribución  
Revolución científica  
Revolución económica  
Revolución política  
Saber  
Simbólico  
Sistema causalista  
Sistema clásico  
Sistema finalista  
Sistema neoclásico  
Sistematización  
Sociedad  
Tipicidad

## ÍNDICE DE AUTORES:

Abel Souto, M  
Ahrens  
Álvarez García, J  
Arenal, C.  
Armenteros León, M  
Arroyo Zapatero, L  
Bacigalupo, E  
Bajo Fernandez, Miguel  
Barbero Santos, M.  
Beccaria, C  
Beling  
Bentham  
Berdugo Gómez de la Torre, I  
Bergali, R  
Binding, K  
Blanco Lozano, C.  
Broekman, Jan M.  
Cabrillac, M.  
Carbonell Mateu, J.C  
Carmignani, F  
Carnelutti, F  
Carrara  
Cerezo Mir  
Cobo del Rosal, M  
Codon, J.M<sup>a</sup>  
Comte, A  
Conde Pumpido Ferreiro, C  
Córdoba Roda, J  
Cuello Calon  
Dabin, J.  
De Rivacoba y Rivacoba  
Descartes  
Díez Ripollés, J.L.  
Durkheim, E  
Del Rosal  
Del Vecchio  
Dorado Montero  
Easton, D  
Ferré Olivé, J.C.  
Ferri, E  
Feuerbach  
Filangieri  
Finch, J  
Forcada Barona, I  
Galvao de Sousa, JR  
Garcia-Pablos de Molina, A  
García Rivas, N.  
Serrano Piedecabras, J.R.



García Valdés, C  
Garofalo, R  
Gerber, C.F.von  
Gimbernát Ordeig, E  
Giner de los Ríos  
González Cussac, J.L  
Göppinger  
Grammatica  
Guastini, R  
Haefner, Gerd  
Hattenhauer, H  
Hegel  
Herder, J.  
Hessemer  
Hobbes  
Hospers, John  
Hudson, W.D.  
Hume, D  
Jakobs, G  
Jescheck, H.H.  
Jhering, R.von  
Jiménez de Asúa  
Kaiser  
Kant, I  
Kelsen, H  
Krause, H  
Landrove Díaz, G  
Lanza, Vicente  
Lardizabal  
Latorre, A.  
Leibniz  
Locke, J  
Lombroso, C  
López de Oñate  
López Medel  
López Saíz, I  
López Silva  
Luhmann, N  
Luzón Peña, D  
Madrid Conesa, F.  
Mannheim, K  
Mapelli Caffarena, B  
Marat, J.P.  
Martínez-Bujan, C  
Marcos Gutiérrez  
Marín Pérez, P.  
Maurini  
Mezger, E  
Mir Puig, S  
Muñoz Clares, José

Muñoz Conde, F  
Mouly, Ch  
Nawiasky, H.  
Oneca, A  
Orts Berenguer, E  
Pacheco, J.F.  
Pascal  
Polaino Navarrete, M  
Portillas Contreras, G  
Prieto Sanchis, L  
Prins  
Puchta, G. F.  
Quintano Ripollés, A  
Quintero Olivares, G  
Ranieri  
Raphael, L  
Ricardo, D.  
Rocco  
Rodriguez Devesa, J. M<sup>a</sup>  
Rodriguez Mourullo, G.  
Roeder C.  
Ruiz Gimenez, J  
Rodriguez Paniagua, JM<sup>a</sup>  
Romagnosi  
Rossi  
Roxin, C  
Sánchez Agesta, Luis  
Saldaña, Q.  
Sainz Cantero, J.A  
Sainz Moreno, Javier  
Salillas  
Santa Cecilia García, F.  
Santi Romano  
Sartori, G  
Savigny  
Schopenhauer.  
Schünemann, B  
Serrano Gómez, A.  
Silvela, L.  
Simmel, G.  
Smith, A  
Spinoza.  
Suarez-Mira Rodriguez, C  
Sutherland, S  
Terradillos Basoco, J.M.  
Tomas y Valiente, T  
Torres del Moral, A  
Truyol y Serra, A  
Veron, M  
Vives Antón, T.S.

Von Liszt  
Vouin, R  
Walter Wilhelm  
Weber, M.  
Welzel, H.  
Würtenberger  
Zappalà, S  
Zugaldía Espinar, J.M

INSCRIPCIÓN TESIS 1ª VEC



# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Modelo 052 (2014)  
Gestión Académica

## Solicitud de Modificación del Proyecto de Tesis Doctoral en Programas de Doctorado para regulaciones anteriores al RD. 99/2011

(1) ☐ Real Decreto 185/1985 ☐ Real Decreto 778/1998 ☐ Real Decreto 56/2005 ☐ Real Decreto 1393/2007

DNI/NIE/Tarjeta Residencia 35.420.424X	Nacionalidad Española	<input checked="" type="checkbox"/> H <input type="checkbox"/> M	Teléfono 981597469	Correo Electrónico (preferentemente Estumail) v.gradio@udc.es
Nombre Vicente		Apellidos González Radío		
Dirección durante el curso C/ La Rosa, 34-4ºC				Número 34 Piso 4ºC
Localidad Santiago De Compostela		Provincia A Coruña		Código Postal 15701

### Datos de los estudios de Doctorado

Centro / Órgano responsable Departamento de Derecho Penal- Facultad de Derecho	Curso de inicio 1996-98
Denominación del Programa Estudios de Derecho Penal	

### Datos de la tesis Doctoral

Centro Facultad de Derecho	Centro/ Departamento / Instituto Universitario (2) Departamento de Derecho Penal
Título (3): Funciones Actuales del Derecho Penal	
Area de Conocimiento Derecho	Código de la UNESCO
Director Fernando Santa Cecilia García	Centro (2) Facultad de Derecho D.N.I. 5.218.718 Q
Director	Centro (2) D.N.I.
Director	Centro (2) D.N.I.

### Modificación de datos de la Tesis Doctoral (4)

Nuevo Título propuesto (3): Funciones Actuales del Derecho Penal
Nuevos Directores propuestos
Fernando Santa Cecilia García
Centro
Facultad de Derecho
D.N.I.
D.N.I.
D.N.I.

Vº Bº de los Directores de la Tesis

Firma  
Firma  
Firma

Vº Bº de los Directores que renuncian

Firma  
Firma  
Firma

Firma del interesado

Fecha  
13-11-2014  
Firma

ILMO. SR. DIRECTOR DEL ORGANO RESPONSABLE/DEPARTAMENTO

Fecha reunión del Dpto/Órgano responsable 12/11/2014	Fecha Modificación 13-11-2014
Firma	Vº Bº Jefe de Secretaría

Esta solicitud carecerá de validez en caso de que no consten todas las firmas indicadas.

PROTECCIÓN DE DATOS: Los datos personales recogidos serán incorporados y tratados en el fichero "Doctorado", cuya finalidad es el soporte en los procesos de matrícula y gestión de doctorandos/as. Usos: Procesos de matriculación, liquidación, elaboración de actas, listas, certificaciones, control económico, inscripción y lectura de las tesis. Se prevén cesiones a entidades bancarias, órganos de la Administración estatal y autonómica. El órgano responsable del fichero es el Vicerrectorado de Estudiantes. La dirección donde el interesado/a podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el mismo es en: Archivo General y Protección de Datos, Avda. de Séneca 2, 28040-Madrid, que se informa en cumplimiento del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

EJEMPLAR PARA EL INTERESADO